

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG
IM VERFASSUNGSGERICHTLICHEN VERFAHREN

von

HANNS PAUL TÜTTENBERG

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546219_0091

INHALTSVERZEICHNIS

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG

IM VERFASSUNGSGERICHTLICHEN VERFAHREN

Dissertation,

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

HANNS PAUL TÜTTENBERG

Rechtsanwalt

MAINZ 1968

Referent: Professor Dr. Peter Schneider
Korreferent: Professor Dr. Hubert Armbruster
Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1967



Gesamtherstellung: Ditters Bürodienst Mainz

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Einleitung	1
------------------	---

Erster Teil:

Der vorläufige Rechtsschutz im gerichtlichen Verfahren	5
--	---

I. Die Bedeutung von Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes im gerichtlichen Verfahren - Allgemeines - ..	5
---	---

II. Überblick über den vorläufigen Rechtsschutz innerhalb der Verfahrensordnungen	7
---	---

1. Das zivilprozessuale Verfahren	7
---	---

2. Das arbeitsgerichtliche Verfahren	9
--	---

3. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren	9
--	---

4. Das sozialgerichtliche Verfahren	10
---	----

5. Das finanzgerichtliche Verfahren	11
---	----

6. Das internationale und supranationale Verfahrensrecht	12
--	----

7. Zusammenfassung	13
--------------------------	----

III. Die Besonderheiten der einstweiligen Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren	15
---	----

1. Das Bundesverfassungsgericht als "echtes" Gericht ..	15
---	----

2. Der Begriff der eA nach dem BVerfGG	16
--	----

3. Die eA als "Rechtsentscheidung"	17
--	----

4. Die Notwendigkeit von eAen im verfassungsgerichtlichen Verfahren	20
---	----

Zweiter Teil:

Überblick über die Entwicklung von Instituten des vorläufigen Rechtsschutzes in der deutschen Staats- und Verfassungsgerichts- barkeit	21
I. Die Entwicklung bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts	21
II. Die Entwicklung bis zum Jahre 1870	23
III. Die Regelung auf Grund der Verfassung von 1871	24
IV. Die Regelung auf Grund der Weimarer Verfassung von 1919 ...	25
1. Die allgemeine verfassungsrechtliche Lage	25
2. Die Rechtslage hinsichtlich der einstweiligen Verfügung ..	26
3. Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes zur einstweiligen Verfügung	27
4. Stellungnahmen zur Rechtsprechung des StGH	29
V. Die gesetzliche Regelung unter dem Grundgesetz	32

Dritter Teil:

Die Funktionen der einstweiligen Anordnung im verfassungsgericht- lichen Verfahren	36
I. Die Funktion der Friedenssicherung	36
II. Die Funktion der Entscheidungssicherung	38
III. Die Funktion der Kontinuitätssicherung	39

Vierter Teil:

Die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts	41
--	----

Erstes Kapitel: Die formellen Erfordernisse für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung	41
--	----

I. Die Entscheidungsbefugnis des BVerfG	41
---	----

1. Die Zuständigkeit des Gerichts zur Entscheidung in der Hauptsache	41
---	----

a) Der abschließende Zuständigkeitskatalog	41
--	----

b) Die generell-abstrakte Zulässigkeit eines Hauptverfahrens	42
---	----

c) Das Erfordernis der Justiziabilität der Hauptsache ..	44
--	----

aa) Ermessensakte	45
-------------------------	----

bb) "Justizfreie Hoheitsakte" im eigentlichen Sinn .	45
--	----

2. Die Zulässigkeit der eA nach Maßgabe der verschiedenen Verfahren - Allgemeines -	47
--	----

3. Einstweilige Anordnungen innerhalb und außerhalb anhängiger Hauptverfahren	48
--	----

4. Antragserfordernis und eA von Amts wegen	50
---	----

II. Das Vorliegen eines Streitfalles	55
--	----

III. Erfordernis und Möglichkeit einer vorläufigen Zustands- regelung	58
--	----

1. Wortinterpretation	58
-----------------------------	----

2. Die "vorläufige Zustandsregelung" im Verhältnis zur End- entscheidung	59
---	----

A. Die Zustandsregelung	59
-------------------------------	----

B. Die "Vorläufigkeit"	59
------------------------------	----

a) Formale Abgrenzungskriterien	59
---------------------------------------	----

b) Materielle Abgrenzungskriterien	61
--	----

aa) Die Rechtsfragen der Hauptsache dürfen nicht verbindlich entschieden werden (rechtliches Kriterium)	61
bb) Die eA darf in ihren tatsächlichen Auswirkungen die Hauptentscheidung nicht überflüssig machen (tatsächliches Kriterium)	63
3. Fälle von Unmöglichkeit einer vorläufigen Regelung	63
IV. Das Rechtsschutzbedürfnis	66
1. Das Rechtsschutzbedürfnis in zeitlicher Hinsicht	66
2. Das Rechtsschutzbedürfnis in funktioneller Hinsicht	68
a) Die Subsidiarität des Eingreifens des BVerfG	68
b) Rechtsschutzbedürfnis und Suspensiveffekt	70
c) Rechtsschutzbedürfnis und Bundeszwang	71
3. Das Rechtsschutzbedürfnis in materieller Hinsicht	72
Zweites Kapitel: Die sachlich-rechtlichen Erfordernisse für den Erlass einer einstweiligen Anordnung	73
I. Auslegung des Gesetzestextes - Allgemeines -	74
II. Das Vorliegen eines "wichtigen Grundes"	78
1. Die Abwehr schwerer Nachteile	79
a) Schwere Nachteile materieller Art	79
b) Schwere Nachteile immaterieller Art	80
aa) Nachteile für Allgemeininteressen	80
bb) Nachteile für Einzelinteressen	82
2. Die Verhinderung drohender Gewalt	84
3. Der "andere" wichtige Grund	84
III. Das Erfordernis des "gemeinen Wohls"	85
IV. Der "dringend gebotene" Erlass einer eA	88

	Seite
V. Die materiellrechtliche Bedeutung der vorläufigen Regelung .	89
1. Das Verhältnis der eA zur Hauptentscheidung	90
2. Der unterschiedliche Streitgegenstand der beiden Institute	91
3. Die Berücksichtigung der Hauptsache im Rahmen der Anordnungsentscheidung	94
VI. Der Erlaß der eA als Ermessensentscheidung des Gerichts . . .	100
Fünfter Teil:	
Inhalt und Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung	102
Erstes Kapitel: Die inhaltliche Begrenzung der eA	102
I. Der gesetzlich festgelegte Inhalt	102
1. Der gesetzliche Inhalt in § 32 Abs. 1 BVerfGG	102
2. Der gesetzliche Inhalt in den Sonderbestimmungen	102
II. Umfang und Grenzen der dem BVerfG eingeräumten Anordnungsbefugnis	103
1. Keine Bindung an den Antrag der Beteiligten	103
2. Schranken unmittelbar aus dem Grundgesetz	104
3. Schranken aus den allgemeinen richterlichen Befugnissen	105
4. Orientierung an der möglichen Entscheidung in der Hauptsache	106
III. Mögliche Maßnahmen im Rahmen einer eA	107
1. Negative oder positive Maßnahmen	107
2. Die "geeignete" Maßnahme im Rahmen der eA	108

	Seite
Zweites Kapitel: Der Anwendungsbereich der eA	109
A. Die eA innerhalb des Zuständigkeitskataloges des BVerfGG ...	109
I. Vorbemerkung	109
II. Einzeluntersuchung	109
1. Kontradiktorische Streitverfahren	109
a) Organstreitigkeiten des Bundes	110
b) Bund-Länder-Streitigkeiten	112
c) Andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern oder innerhalb eines Landes	112
d) Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes	113
2. Objektive Verfahren	114
a) Abstrakte Normenkontrolle	114
b) Fälle der konkreten Normenkontrolle	115
aa) Konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG	115
bb) Zweifelsfälle über die Anwendung von Regeln des Völkerrechts	117
cc) Abweichungen von Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte von solchen des BVerfG	117
c) Fortgelten von Recht als Bundesrecht	118
d) Wahlprüfungsverfahren	118
3. Anklage- und ähnliche Verfahren	120
a) Bundespräsidentenanklage	121
b) Richteranklagen	122
c) Parteiverbotsverfahren	123
d) Verfahren der Grundrechtsverwirkung	125
4. Anfechtungssachen in Form der Verfassungsbeschwerde- verfahren	126
5. Zusammenfassung	128

	Seite
B. Die eA gegen alle Arten der Äußerung staatlicher Gewalt	128
I. EA gegen Gesetze	129
1. Anwendungsbereich	129
a) Die möglichen Fälle einer Normenkontrolle	129
b) EA grundsätzlich nur gegen bereits erlassene Gesetze	129
c) EA gegen Gesetze jeder Art	131
d) Strenger Maßstab bei der Aussetzung des Vollzuges einer Norm	133
2. Möglicher Inhalt einer eA	134
II. EA gegen Maßnahmen der Exekutive	134
1. Anwendungsfälle	134
2. Möglicher Inhalt der eA	135
III. EA gegen gerichtliche Entscheidungen	136
1. Anwendungsfälle	136
2. Möglicher Inhalt der eA	138
IV. Die formelle Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips ...	138
Sechster Teil:	
Die Rechtswirkungen der einstweiligen Anordnung	142
I. Die Rechtswirkungen in "materieller" Hinsicht	142
1. Die Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG - Allgemeines -	142
2. Keine Rechtskraftwirkung und keine präjudizielle Wirkung der eA	142
II. Die Rechtswirkungen in "personeller" Hinsicht	143
1. Wirkungen gegenüber den unmittelbar am Verfahren Beteiligten	143

	Seite
2. Wirkungen gegenüber Dritten	143
3. Wirkungen gegenüber dem Gericht selbst	144
 Siebter Teil:	
Das Verfahren beim Erlaß einer einstweiligen Anordnung	145
Erstes Kapitel: Allgemeine Verfahrensgrundsätze	145
I. Keine abschließende Verfahrensregelung im BVerfGG	145
II. Die "Untersuchungsmaxime" im verfassungsgerichtlichen Verfahren	145
III. Möglichkeit der Rücknahme eines Antrages auf Erlaß einer eA .	146
Zweites Kapitel: Die Vorbereitung der Anordnungsentscheidung und deren Form	148
I. Die Entbehrlichkeit einer mündlichen Verhandlung	148
II. Die Gewährung rechtlichen Gehörs	150
III. Der Zeitpunkt des Erlasses einer eA	152
IV. Der entscheidende Senat und Mehrheitsverhältnisse	153
V. Die Form der Anordnungsentscheidung	154
VI. EA nach bereits erfolgter Ablehnung	154
Drittes Kapitel: Die Sicherung der Anordnungsentscheidung	155
I. Abgrenzung zur Vollstreckungsanordnung	155
II. Die strafrechtlichen Schutzrechte	156
1. Die Regelung des § 42 BVerfGG	156
2. Die Regelung der §§ 47/42 BVerfGG	157

	Seite
Viertes Kapitel: Rechtsbehelfsverfahren	157
I. Zulässigkeit und Voraussetzungen des Widerspruchs	157
1. Die Statthaftigkeit	157
2. Widerspruch bei Ablehnung einer eA	158
3. Widerspruch bei Erlaß einer eA	159
4. Frist und Form	159
5. Rechtsschutzinteresse	160
6. Notwendigkeit einer Begründung	160
7. Verzicht und Rücknahme des Widerspruchs	161
8. Wiederholter Widerspruch	161
II. Rechtswirkungen des Widerspruchs	161
1. Keine automatische Vollzugshemmung	161
2. Möglichkeit der Vollzugsaussetzung	161
III. Die Entscheidung über den Widerspruch	162
1. Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Senate	162
2. Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung	163
3. Maßgebender Zeitpunkt für die Entscheidung über den Widerspruch	163
4. Mehrheitserfordernisse	164
5. Entscheidungsmöglichkeiten	164
IV. Fälle der Erledigung des Widerspruchs	165
1. Die Entscheidung in der Hauptsache	165
2. Der Fristablauf der eA	165

	Seite
Fünftes Kapitel: Die "Beteiligten" des Anordnungsverfahrens und ihre Rechte innerhalb des Verfahrens	165
I. Abgrenzungen	165
II. Die Verfahrensbeteiligten im eigentlichen Sinn	166
1. Personenkreis	166
2. Rechtsstellung	167
a) Initiativrechte	167
aa) Das Antragsrecht	167
bb) Das Widerspruchsrecht	167
b) Rechte innerhalb des Anordnungsverfahrens	167
III. Die "Beitrittsberechtigten" und die "Anhörungsberechtigten" ..	168
1. Die Beitrittsberechtigten	168
a) Personenkreis	168
b) Rechtsstellung	169
2. Die Anhörungsberechtigten	170
a) Personenkreis	170
b) Rechtsstellung	171
IV. Die "Sachverhaltsbeteiligten"	171
1. Personenkreis	171
2. Rechtsstellung	172
Sechstes Kapitel: Die Beendigung der eA	173
I. Das Schicksal der eA bzw. ihres Antrages bei Erlaß der Hauptentscheidung	173
1. Die eA bei Erlaß der Endentscheidung	173
2. Die eA bei Teilentscheidungen	174
3. Der Antrag auf Erlaß einer eA bei vorheriger Entscheidung über die Hauptsache	174

	Seite
II. Sonstige Endigungsgründe	175
Siebtens Kapitel: Die gesetzliche Befristung der eA; Möglichkeiten der Wiederholung	176
I. Die befristete Dauer der eA	176
II. Die Wiederholung einer eA	177
III. Die mehrmalige Wiederholung einer eA	178
 Achter Teil:	
Die Vollstreckung der eA	180
Erstes Kapitel: Allgemeines	180
I. Begriff der Vollstreckung im verfassungsgerichtlichen Verfahren	180
II. Notwendigkeit und Möglichkeit einer Vollstreckung von Anordnungsentscheidungen	181
Zweites Kapitel: Die Anordnung der Vollstreckung	181
I. Bestimmung der Organe der Vollstreckung	182
II. Bestimmung der Art und Weise der Vollstreckung	184
III. Verfahren und Form der Vollstreckungsanordnung	184
1. Verfahren	184
2. Form	186
IV. Außerkrafttreten der Vollstreckungsanordnung	186
Drittes Kapitel: Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsmaßnahmen .	187
I. Die Anfechtung der Vollstreckungsanordnung selbst	187
II. Die Anfechtung von Vollzugsmaßnahmen der "beauftragten Behörde"	188

Neunter Teil:

Die einstweilige Anordnung in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder innerhalb der Bundesrepublik Deutschland	189
---	-----

I. Die Länder mit ausdrücklicher gesetzlicher Regelung der eA ..	189
--	-----

1. Baden-Württemberg	189
----------------------------	-----

2. Hamburg	190
------------------	-----

3. Hessen	191
-----------------	-----

4. Nordrhein-Westfalen	192
------------------------------	-----

5. Saarland	192
-------------------	-----

II. Länder ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung der eA	193
---	-----

1. Bayern	193
-----------------	-----

2. Bremen	194
-----------------	-----

3. Niedersachsen	194
------------------------	-----

4. Rheinland-Pfalz	194
--------------------------	-----

5. Schleswig-Holstein	196
-----------------------------	-----

Schlußwort	197
------------------	-----

Anhang I:

Übersicht über die Anordnungsentscheidungen des BVerfG (mit Fundstellennachweis)	- a -
---	-------

Anhang II:

Übersicht über Entscheidungen des BVerfG, bei denen der Antrag auf Erlaß einer eA "sich erledigte" bzw. "gegenstandslos" wurde	- d -
---	-------

Anhang III:

Übersicht über die (sachlichen) Anordnungsentscheidungen des BVerfG, aufgeteilt nach Verfahrensarten	- g -
---	-------

Anhang IV:

Übersicht über die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und der Staatsgerichtshöfe der Länder zur Zeit der Wei- marer Reichsverfassung zur einstweiligen Verfügung im staatsgericht- lichen Verfahren	- i -
---	-------

LITERATURVERZEICHNIS

- Arndt, Adolf: "Das Bundesverfassungsgericht", DVBl 1951, 297 ff. und 1952, 1 ff.
- ders.: Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 13. November 1957 (1 BvR 78/56), NJW 1958, 337 f.
- ders.: Anmerkungen zum Beschluß des BVerfG vom 10. Mai 1960 (2 BvQ 1/60), JZ 1960, 488 f.
- ders.: "Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze", DÖV 1959, 81 ff.
- ders.: "Die Bindungswirkung des Grundgesetzes", BB 1960, 993 ff.
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, 29. Auflage, München und Berlin 1966
- Baur, Fritz: Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967
- Beeser, Julius: "Zäsuren in der Anordnungs-Rechtsprechung des BVerfG", Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 5. Oktober 1960 (2 BvR 536/60), DÖV 1960, 832 f.
- Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff. (zit. BK)
- Das Bundesverfassungsgericht: herausgegeben vom BVerfG, Karlsruhe 1963
- Draht, Martin: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL H. 9 (1952), S. 17 ff.
- Dreher, Eduard: "Glanz und Elend der Staatsgerichtsbarkeit", NJW 1951, 377 ff.
- Ehmke, Horst: Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 5. Oktober 1960 (2 BvR 536/60), JZ 1961, 23

- Emig: Anmerkung zur Entscheidung des Thüringischen Staatsgerichtshofes vom 8. Juli 1929, JW 1931, 761 f.
- Flad, Wolfgang: Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution, Heidelberg 1929
- Förster, Klaus Dieter: Die einstweilige Verfügung und die vorbeugende Klage in der Verfassungsgerichtsbarkeit, Diss., Freiburg 1953
- Friesenhahn, Ernst: "Staatsgerichtshof und einstweilige Verfügung", RVerwBl 1932, 761 ff.
- ders.: "Die Staatsgerichtsbarkeit" in HDStR, Bd. II, Tübingen 1932 (§ 98)
- ders.: Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Länderberichte und Rechtsvergleichung), herausgegeben von Hermann Mosler, Köln/Berlin 1962, S. 89-194 (zit. Verf.-Ger.)
- Fuß, Ernst-Werner: "Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren", DÖV 1959, 201 ff.
- ders.: "Pressefreiheit und Geheimnisschutz", NJW 1962, 2225 ff.
- Gebhardt, Richard: Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts, Diss., München 1965
- Geiger, Willi: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952 (zit. Komm.)
- ders.: "Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit", DÖV 1952, 481 ff.
- Giese, Friedrich: "Zum Konflikt zwischen Staatsgerichtshof und Reichsregierung", DJZ 1929, Sp. 129 ff.

- Glum, Friedrich: "Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem Konflikt zwischen dem Staatsgerichtshof für das deutsche Reich und der Reichsregierung in der vor dem Staatsgerichtshof schwebenden Streitsache wegen der Besetzung der Stellen im Verwaltungsrat der deutschen Reichsbahngesellschaft", ZaöRV Bd.I, Teil 1, 1929, 458 ff.
- Görres: "Über die Bedeutung der einstweiligen Verfügung für das Verfahren vor den Gerichten des öffentlichen Rechts", JW 1929, 3360 f.
- Grundmann, Werner: "Einstweilige Anordnungen bei behaupteter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen", DVBl 1959, 875 ff.
- ders.: "Zur Vorgefährlichkeit verfassungsgerichtlicher Anordnungsentscheidungen", DÖV 1960, 680 ff.
- Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 3, 2. Halbband, Berlin 1959
- Hamann, Andreas: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Auflage, Neuwied/Berlin 1960
- Häntzschel, Kurt: "Der Konflikt Reich-Thüringen in der Frage der Polizeikostenzuschüsse", AöR 20. Bd. (NF), 384 ff.
- ders.: Rezension über Ritter, "Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich", ZStW Bd. 91, 1931, 158 ff.
- Heinsheimer: Anmerkung zur Entscheidung des StGH vom 10. Oktober 1925 (StGH 2/25), JW 1926, 378

- Helfferich, Günter: Die einstweilige Anordnung in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Tübingen 1962
- Huber, Ernst Rudolf: Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. I, Stuttgart 1961 (zit. Huber I); Bd. II, Stuttgart 1964 (zit. Huber II)
- Jahn: "Darf der Staatsgerichtshof einstweilige Verfügungen erlassen?", JW 1930, 1160 ff.
- ders.: "Einstweilige Verfügungen des Staatsgerichtshofes", LeipzZ 1933, Sp. 737 ff.
- Jerusalem, Franz W.: Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübingen 1930
- Kelsen, Hans: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL H. 5 (1929), S. 30 ff.
- Klein, Franz: "Die Dritte Novelle zum BVerfGG vom 3. August 1963 (BGBl. I, 589)", DVBl 1964, 89 ff.
- ders.: "Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren", JZ 1966, 461 ff.
- Klein, Friedrich: "Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und der britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverfassungsgericht", DVBl 1950, 200 ff. und 229 ff.
- Klotz, Erhard: "Normenkontrolle nach § 47 VwGO und einstweilige Anordnung", DÖV 1966, 186 ff.
- Knöpfle, Franz: "Die Berufung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung", BayrVerwBl 1965, 73 ff.
- Knoll, Ernst: "Die einstweilige Anordnung", Betrachtungen zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes, besonders im verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, Die Arbeiterversorgung 1961, 97 ff.

- Kretschmer, E.: "Die Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof", Justizblatt des Saarlandes 1961, 195 ff.
- Lammers-Simons: Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Abs. 2 der Reichsverfassung, mit Anhang: Entscheidungen des Reichsfinanzhofs auf Grund Art. 13 Abs. 2 Reichsverfassung. Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe der Länder.
Bd. I bis V (1929-1933),
Bd. VI (1939) (zit. LS)
- Lammers: Anmerkung zur Entscheidung des StGH vom 10. Oktober 1925 (StGH 2/25), JW 1926, 376 f.
- Lechner, Hans: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage, München 1967 (zit. Komm.)
- Leibholz, Gerhard: Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe 1958
- Linz: "Reichsregierung und Staatsgerichtshof", DJZ 1929, Sp. 197
- Löwenthal, Martin: "Neues zur Staatsgerichtsbarkeit", RuPrVBl 1930, 747 ff.
- v. Mangoldt, Hermann: Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953
- v. Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt, Bd. I 1957, Bd. II 1964
- Maunz, Theodor: Deutsche Staatsrecht, 16. Auflage, München 1968 (zit. Staatsrecht)
- Maunz-Dürig: Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin, Stand: 1.3.1964

- Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein: Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Nebengesetzen, München und Berlin 1965 (zit. BVerfGG-Komm.)
- Mosler, Hermann: Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, in: Festgabe für Carl Bilfinger, Köln/Berlin 1954, S. 243 ff.
- Niemeyer, Hans Gerd: Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen, Leipzig 1932
- Pfeiffer, Gerd: Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen 1959
- Quaritsch, Helmut: "Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß" VerwArch Bd. 51, 1960, S. 210 ff. und 342 ff.
- Ritter, Kurt: Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, Heidelberg 1930
- Roellecke, Gerd: Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit. Über immanente Grenzen der richterlichen Gewalt des Bundesverfassungsgerichts, Heidelberg 1961
- Roemer, Walter: "Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht", JZ 1951, 193 ff.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961
- Spanner, Hans: "Notstandsrecht und Bundesverfassungsgericht", DÖV 1963, 648 ff.
- Schlitzberger, Egbert: "Einstweilige Anordnungen des Bundesverfassungsgerichts im Einzelinteresse", JR 1965, 404 ff.
- Schmitt, Carl: Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931
- Schneider, Hans: Gerichtsfreie Hoheitsakte, Tübingen 1951 (zit. Hoheitsakte)

- Schneider, Hans: "Betrachtungen zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht", NJW 1953, 802 ff.
- Schneider, Peter: "Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart", AöR Bd. 82, 1 ff.
- Schüle, Adolf: Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit, Berlin 1932
- Triepel, Heinrich: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL H. 5 (1929), S. 2 ff.
- Ule, C. H.: "Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht", DVBl 1959, 537 ff.
- Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart: (Länderberichte und Rechtsvergleichung), herausgegeben von Hermann Mosler, Köln/Berlin 1962
- Wagner, Albrecht: "Entstehung, Organisation und Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts", DRiZ 1961, 280 ff.
- v. Weber, Hellmuth: Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 23. Juli 1957 (1 BvR 193/57), GA 1958, 24 f.
- Wintrich, Josef: "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung", BayrVerwBl 1956, 97 ff. und 132 ff.
- Wolf, Gerhard: "Allgemeine Prozeßgrundsätze im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht", DVBl 1966, 884 ff.
- Zeumer, Karl: Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, 2. Auflage, Tübingen 1913

Das Literaturverzeichnis enthält nur Schrifttum, das mit dem Gegenstand der vorliegenden Arbeit unmittelbar zusammenhängt oder auf das mehrfach Bezug genommen wird. Schriften, die nur gelegentlich herangezogen werden, sind lediglich in den Fußnoten näher bezeichnet.

Die Entscheidungen des BVerfG sind im Text grundsätzlich nach ihrer Fundstelle in der Amtlichen Sammlung des Gerichts zitiert (nach Band und Seitenzahl, z. B. E 12, 36/40).

Am Schluß der Arbeit findet sich eine Zusammenstellung sämtlicher zitierten Entscheidungen, wobei auch die Fundstellen in den einschlägigen juristischen Zeitschriften angegeben sind (Anhang I).

Unveröffentlichte Entscheidungen des BVerfG wurden nicht berücksichtigt.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Anh.	Anhang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	Amtliche Sammlung
BayrVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGrBl. 195)
BGBI. I, II	Bundesgesetzblatt Teil I und Teil II
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (BGBI. I, 243)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
eA(en)	einstweilige Anordnung (en)

FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl. 771)
FinGO	Finanzgerichtsordnung vom 6. Oktober 1965 (BGBl. I, 1477)
FN	Fußnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GBL.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung vom 24. März 1897 (RGBl. 139)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. 1)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
H.	Heft
HDSrR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz und Thoma, Bd. I und II, Tübingen 1930/32
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KartG	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I, 1081)
KO	Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (RGBl. 351)
Komm.	Kommentar
LS	Lammers-Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes ... (siehe dort)
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rdz.	Randziffer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RuPrVBl	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt
SGG	Sozialgerichtsgesetz vom 3. September 1953 (BGBl. I, 1239, 1326)
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RGBl. 127)
StGH	Staatsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I, 17)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919 (RGBl. 1383)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (RGBl. 83)
ZÖffR	Zeitschrift für Öffentliches Recht

ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissen- schaft
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (RGBl. 97)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

Das Bundesverfassungsgericht hat durch das Bonner Grundgesetz eine überragende Stellung erhalten, indem ihm die für das Funktionieren des gesamten Staatslebens unabdingbar notwendige Rolle eines "Hüters der Verfassung" zuerkannt worden ist, der mit letzter rechtlicher Verbindlichkeit für Volk und Staat die ihm zur Beurteilung zugewiesenen Streitigkeiten entscheidet (1). Das Grundgesetz hat das BVerfG nicht nur zum höchsten deutschen Gericht bestellt, sondern ihm gleichzeitig den Rang eines echten Verfassungsorgans verliehen und es damit gleichberechtigt neben die übrigen Verfassungsorgane, etwa den Bundespräsidenten, den Bundestag, die Bundesregierung usw. gesetzt (2). Darüber hinaus wurde das BVerfG mit der Verleihung einer umfassenden richterlichen Kontroll- und Interventionsbefugnis aus dem Kreis der Verfassungsorgane und der übrigen Gerichte in besonderer Weise herausgehoben, indem alle die Einhaltung und Anwendung der Verfassung unmittelbar gewährleistenden gerichtlichen Verfahren bei ihm konzentriert sind (3). Man hat sogar von der Begründung einer "Suprematie" des BVerfG gegenüber den anderen Verfassungsorganen gesprochen (4).

Um seiner verantwortungsvollen Aufgabe, in wirksamer Weise für die Durchsetzung des objektiven Verfassungsrechts Sorge zu tragen, gerecht werden zu können, ergibt sich für das BVerfG wie für jedes Gericht die Notwendigkeit, in bestimmten Fällen auch schon vor Erlass der endgültigen Entscheidung vorläufige Maßnahmen treffen zu müssen, die verhindern sollen, daß der Spruch des Gerichts "ins Leere geht", weil zwischenzeitlich Umstände eingetreten sind, die der Endentscheidung ihre volle Wirkung nehmen.

Ein Gericht mit der Autorität und dem Rang des BVerfG muß bemüht sein, das Schaffen von vollendeten Tatsachen vor der sachlichen Entscheidung zu verhindern, schon um seinem Erkenntnis die von Verfassungs wegen zukommende Geltung zu verschaffen. Daneben ist es auch Aufgabe des Hüters der Verfassung, von der Allgemeinheit Schäden, Nachteile oder auch nur schäd-

(1) Zu diesem rechtlichen Begriff des Hüters der Verfassung vgl. Leibholz, a.a.O., S.173

(2) Roemer, JZ 1951, 193; Wagner, DRiZ 1961, 283

(3) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.91

(4) Geiger, DÖV 1952, 482; gegen diesen Begriff Leibholz, a.a.O., S.172

liche Entwicklungen abzuwenden, die gerade deshalb auftreten, weil der Spruch des Gerichts von den Beteiligten nicht abgewartet wird. Das BVerfG sieht sich in vielen Fällen, in denen es zu einer sachlichen Entscheidung über verfassungsrechtliche Fragen kommt, vor einem Dilemma: Auf der einen Seite wird der Streit mit besonderer Heftigkeit geführt. Es geht hier zum Teil um politische Fragen von höchster Aktualität, und gerade die Politiker neigen zu "faits accomplis" in Gestalt von rechtswidrigen, der Endentscheidung vorgreifenden Maßnahmen (5), indem sie sich über rechtliche Schranken großzügig hinwegzusetzen versuchen. Auf der anderen Seite wird es gerade im verfassungsgerichtlichen Streit nicht möglich sein, angesichts der komplizierten Rechtsmaterie und des Umfangs des zu verarbeitenden Tatsachenstoffes die Entscheidung des Streitfalles "schnell" in dem Sinne zu treffen, daß sie so rechtzeitig ergehen kann, um in jedem Fall in der Zwischenzeit eintretende nachteilige Ereignisse vermeiden zu können.

Hier einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem verfassungsmäßig garantierten Recht und einer rechtlosen, aber entschiedenen Faktizität, ist eine der wichtigsten Aufgaben der einstweiligen Anordnung, die in § 32 BVerfGG ihre gesetzliche Normierung gefunden hat.

In der bisherigen Geschichte dieses Instituts spiegelt sich dann auch die neueste Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik vom Kampf um den Südweststaat über die Volksbefragung zur Atombewaffnung bis zum Fernsehstreit und zur "Spiegelaffäre" wider.

Die einstweilige Anordnung trägt in der Hand des BVerfG der Dynamik der politischen Kräfte, der mangelnden "Selbstbescheidung" der Beteiligten, der menschlichen Unzulänglichkeit und der normativen Kraft des Faktischen Rechnung. In der Ermächtigung an das Gericht, unter bestimmten Voraussetzungen - auch ohne Prüfung der eigentlichen streitigen Rechtsfrage - Wirken und Maßnahmen der drei Gewalten vorläufig zu stoppen, wird die "Suprematie" des BVerfG sinnfällig.

Die vorliegende Studie hat sich die Aufgabe gesetzt, das Institut der einstweiligen Anordnung, das auf das Engste das komplizierte Zusammenspiel der Gewalten im Staat berührt, näher zu beleuchten.

Das Schwergewicht der Darstellung soll auf die gesetzliche Regelung im BVerfGG und auf die hierzu vorliegende Rechtsprechung des Gerichts gelegt werden. Da-

(5) Grundmann, DÖV 1960, 681

bei soll gezeigt werden, daß die Befugnis des BVerfG zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen nicht isoliert steht, vielmehr der "vorläufige Rechtsschutz" ein allgemeines Anliegen eines jeden rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechenden Gerichtsverfahrens darstellt..

Für das Verständnis des Instituts eines vorläufigen Rechtsschutzes im verfassungsgerichtlichen Verfahren ist ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung nicht zu umgehen. Gerade zur Zeit der Weimarer Republik ist die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich zur einstweiligen Verfügung zum Teil heftig - auch mit beachtlichen Argumenten - kritisiert worden. Eine Untersuchung, inwieweit diese Kritik ihren Teil dazu beigetragen hat, die ohnehin schwache, da von weiten Schichten des deutschen Volkes nicht hinreichend gewürdigte Position des Staatsgerichtshofes zu schmälern, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit (6). Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Zeit der Weimarer Verfassung hat jedenfalls keinen Widerhall im Volke gefunden.

Im Anschluß an den historischen Überblick werden die speziellen Funktionen der einstweiligen Anordnung im heutigen Verfassungsgerichtsverfahren beleuchtet werden.

Schwerpunkte der Arbeit werden sodann die Darstellungen der (formellen und materiellen) Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung, sowie deren Anwendungsbereich, Inhalt und Rechtswirkungen bilden. Dabei soll das Verhältnis der nur vorläufigen Regelung zur Entscheidung in der Hauptsache zu klären versucht werden, insbesondere die Frage, wie letztere in der erforderlichen Weise "offengehalten" werden kann, und inwieweit im Rahmen des Anordnungsverfahrens auf die Hauptsache eingegangen werden darf und muß.

Schließlich werden auch verfahrensrechtliche Fragen im Zusammenhang mit

-
- (6) Besonders umstritten war z.B. der Streit um die Einsetzung eines Reichskommissars in Preußen im Jahre 1932. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich hat in der Entscheidung vom 25. Juli 1932 (RGZ 137, Anh. 65 ff) es abgelehnt, mit einer einstweiligen Verfügung in den Verfassungskonflikt einzugreifen.

Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Auflage, München und Berlin 1964, S.285, nennt diesen Prozeß nicht nur eine "Tragödie der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern auch der objektiven Staatstheorie" schlechthin.

der einstweiligen Anordnung darzustellen sein, soweit dies für deren Verständnis erforderlich erscheint. Mit der Behandlung vollstreckungsrechtlicher Probleme endlich soll der Überblick über die einstweilige Anordnung im Bereich des BVerfG schließen.

Den Abschluß der Untersuchung soll eine kurze zusammenfassende und im Verhältnis zur bundesrechtlichen Regelung und Praxis rechtsvergleichende Darstellung der Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen in den verfassungsgerichtlichen Verfahrensgesetzen der Bundesländer bilden. Aus dem föderativen Aufbau der Bundesrepublik bietet sich eine solche Untersuchung an.

Erster Teil

DER VORLÄUFIGE RECHTSSCHUTZ IM GERICHTLICHEN VERFAHREN

I. DIE BEDEUTUNG VON MASSNAHMEN DES VORLÄUFIGEN RECHTSSCHUTZES IM GERICHTLICHEN VERFAHREN

- Allgemeines -

Jedes gerichtliche Verfahren, jeder "Prozeß" als ein procedere, ein Fort- und Hinschreiten auf das Ziel, die endgültige und das Verfahren abschließende Entscheidung, bedarf zu seiner Durchführung einer gewissen Zeit. Je nach Umfang der Tatsachenstoffe und Schwierigkeit der rechtlichen Probleme wird diese Zeitspanne im Einzelfall kürzer oder länger bemessen sein. Die Entscheidung des Richters - auf welchem Rechtsgebiet er auch immer tätig wird - als des mit der Autorität des Staates versehenen Schlichters zwischen den Parteien und Wahrers des Rechtes soll im Idealfall nicht nur "richtig" sein, sondern auch "schnell" erfolgen.

Die Erfordernisse einer richtigen und schnellen Entscheidung sind jedoch häufig nicht in vollem Umfang miteinander vereinbar, auch wenn dies - insbesondere vom Standpunkt der Rechtssuchenden aus - wünschenswert und notwendig erscheint. Oft kann bei dem zur Entscheidung eines Gerichts gestellten Streitstoff nicht abgewartet werden, bis endlich der Richter abschließend entscheidet; es besteht die Gefahr, daß die Endentscheidung "zu spät" erfolgt und gleichsam verpufft, wenn nicht in der Zwischenzeit eine rasch wirksame, wenn auch lediglich vorläufige Maßnahme des Gerichts ein solches "Zu-spät-Kommen" des endgültigen Richterspruches verhindert. Solche "Zeiträume der rechtlichen Ungewißheit" (1) müssen - so gut es eben geht - überbrückt werden, wobei ungewiß bleibt, ob sich diese Brücke auf die Dauer als tragfähig erweist (2). Der Richter muß verhindern können, daß dem "Zeitfaktor" im Prozeß eine allzu mächtige, die Substanz des Rechtsschutzbegehrens angreifende Bedeutung zukommt (3).

(1) Beeser, DÖV 1960, 833

(2) Baur, a.a.O., S.11

(3) Ruckdäschel, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961, 675/684

Diesem allgemeinen Problem eines jeden "Prozedierens" tragen die Verfahrensordnungen Rechnung, indem sie dem Richter Instrumente für einen vorläufigen Rechtsschutz in die Hand geben. "Den Gerichten sind auch Aufgaben übertragen, bei denen es sich nicht um die abschließende rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts handelt, sondern um vorläufige Maßnahmen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes oder zur einstweiligen Sicherung privater oder öffentlicher Rechte", sagt das BVerfG (4). Derartige Institute des vorläufigen Rechtsschutzes sollen das Verfahren vor den Gerichten "elastischer" gestalten. Neben einstweiligen Anordnungen, den "in einem vorläufigen, abgekürzten Verfahren ergehenden Anordnungen des Gerichts mit dem Zweck, Rechte des Antragstellers zu sichern oder einen vorläufigen Zustand in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zu regeln" (5), gibt es noch andere Formen des vorläufigen Rechtsschutzes (6). Ihnen gemeinsam ist das Ziel, denjenigen, der im Recht ist, davor zu bewahren, daß die endgültige Entscheidung ins Leere geht, und er durch vollendete Tatsachen sein Recht verliert. Dagegen wollen und sollen provisorische Maßnahmen nicht die Endentscheidung vorwegnehmen, sondern einen vorläufigen Friedenszustand zwischen den Beteiligten schaffen und den status quo fixieren. Eine Rechtsordnung wäre wenig sinnvoll, würde sie rechtlich etwas gewähren, was faktisch wirkungslos gemacht werden könnte (7), und zwar durch ein Verhalten der Beteiligten in der Phase der "rechtlichen Ungewißheit". Es stellt eine der Hauptaufgaben der Rechtsordnung dar, unter Ausschaltung einer plan- und rechtlosen, wenn auch dann entschiedenen Faktizität, die Entscheidung normativer Art zu gewährleisten (8). Wird die streitige Situation durch willkürliche, dem Einfluß des Richters entzogene Akte der Beteiligten faktisch geklärt, mangelt es der rechtlichen Entscheidung, die sich mit einem fait accompli konfrontiert sähe, zur Erfüllung ihrer Aufgabe an dem Objekt, das sie gestalten soll (9).

(4) E 9, 89/97

(5) BFH, NJW 1965, 1682/1683

(6) So etwa die aufschiebende Wirkung von Klage oder Rechtsmittel, die sofortige Vollziehung von Anordnungen, die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils, die vorbeugende Feststellungs- und Unterlassungsklage usw.; vgl. Baur, a.a.O., S.3/4

(7) Ule, DVBl 1959, 538

(8) Niemeyer, a.a.O., S.13

(9) Niemeyer, a.a.O., S.17

Es ist jedoch deswegen besonders schwierig, bei vorläufigen Maßnahmen sachgerecht zu verfahren, weil in die Rechte der Beteiligten ohne ausreichende Aufklärung des Sachverhalts, unter Umständen auf Grund einseitiger Darstellung einer Partei, eingegriffen werden muß. Doch soll gerade der Richter gewährleisten, daß die Interessen auch der nicht oder nicht ausreichend gehörten Beteiligten gebührend berücksichtigt und insbesondere die gesetzlichen Voraussetzungen derartiger Eingriffe genau beachtet werden (10). Damit werden die Mittel und Möglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes zu einem wichtigen Bestandteil, ja zur Bedingung einer jeden wirksamen Rechtsprechung, die nicht nur auf Entspannung und Frieden, sondern auf rechtliche Ordnung und darum auf Normverwirklichung abzielt.

II. ÜBERBLICK ÜBER DEN VORLÄUFIGEN RECHTSSCHUTZ INNERHALB DER VERFAHRENSORDNUNGEN

Bevor auf die einstweilige Anordnung speziell im verfassungsgerichtlichen Verfahren eingegangen wird, ist ein kurzer Überblick über den vorläufigen Rechtsschutz in den übrigen Verfahrensgesetzen angebracht. Hierbei sollen nur solche Institute gestreift werden, deren typische Aufgabe es ist, die in dem "Erkenntnisverfahren" ergehende Entscheidung zu sichern sowie vollendete Tatsachen und daraus resultierende Schäden zu verhindern. Derartige Maßnahmen sind Ausübung und Ausfluß eigentlicher Gerichtsgewalt. Im Unterschied zu Akten der Prozeßführung regeln sie nicht das Verhalten der Beteiligten gegenüber dem Gericht, sondern zueinander, im Unterschied zum Urteil entscheiden sie nicht notwendig endgültig oder wenigstens instanzbeendigend (1).

1. Das zivilprozessuale Verfahren

Die Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877 (2) kennt zwei grundlegende Institutionen des vorläufigen Rechtsschutzes (3): den Arrest (§§ 916 ff) und die

(10) BVerfG E 9, 89/97

(1) Quaritsch, a.a.O., S.216

(2) RGBL. 83 ff

(3) Daneben gibt es noch eine Reihe weiterer "einstweiliger Anordnungen" innerhalb der ZPO, die ihre eigenen Voraussetzungen haben, so etwa § 572 im Beschwerdeverfahren, §§ 627 - 627 b in Ehesachen; in der Zwangs-

einstweilige Verfügung (§§ 935 ff), die beide eng miteinander verwandt und Ausdruck des gleichen Grundsatzes sind.

Der Arrest soll der Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung oder wegen eines geldwerten Anspruches dienen.

Die einstweilige Verfügung ist in drei verschiedenen Modalitäten denkbar: Einmal kann sie nach § 935 ZPO ergehen in bezug auf den Streitgegenstand, falls die Verwirklichung eines Rechts einer Partei durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Hier dient sie der Erhaltung eines bestehenden Zustandes bei Ansprüchen auf eine Individualleistung (4).

Die zweite Form der einstweiligen Verfügung ist die nach § 940 ZPO zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Sie dient weniger der künftigen Verwirklichung eines Anspruches als der Bewahrung des äußeren Friedens durch eine neue, vorläufige Regelung (5), bis der Streit im ordentlichen Urteilsverfahren entschieden ist.

Schließlich hat die zivilistische Rechtsprechung noch eine dritte Form der einstweiligen Verfügung entwickelt, die der dringend erforderlichen (vorläufigen) Befriedigung bei regelmäßig wiederkehrenden Geldleistungen dienen soll also über den bloßen Sicherungszweck hinausgeht. Hier erfolgt eine provisorische Verurteilung im summarischen Verfahren auf bloße Glaubhaftmachung hin (6). Ihren Ursprung hat diese Form der einstweiligen Verfügung in der Befriedigung des Gläubigers auf Grund eines Anspruches nach § 1716 BGB. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung in weiteren Fällen die Befriedigung des

vollstreckung z.B. §§ 732 Abs.2, 766 Abs.1 S.2, 768, 765 a Abs.1; vgl. ferner §§ 28, 30-30 d u.a. ZVG.

Diese Institute können hier außer Betracht bleiben. Sie sind keine einstweiligen Verfügungen im Sinne der §§ 935 ff ZPO, nämlich im Verhältnis zum Hauptverfahren getrennte Verfahren, sondern Anordnungen innerhalb des Prozesses, vgl. Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Grundzüge 2 B vor § 916.

- (4) z.B. bei Sachforderungen und Ansprüchen auf Handlungen, Duldungen und Unterlassungen, vgl. Rosenberg, a.a.O., S.1103.
- (5) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., 1 zu § 940
- (6) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Grundzüge 2 B vor § 916; Wieczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1958, A III c zu § 916

Gläubigers durch einstweilige Verfügung zugelassen, falls dessen Existenz gefährdet ist, was insbesondere bei Unterhaltsansprüchen, Versorgungsrenten, Haftpflichtentschädigungen usw. zu besorgen sein kann (7) (8).

2. Das arbeitsgerichtliche Verfahren

Das arbeitsgerichtliche Verfahren ist weitgehend dem Zivilprozeß nachgebildet.

Das Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953 (9) enthält daher auch keine eigenständigen Institute des vorläufigen Rechtsschutzes, erklärt vielmehr in seinem § 62 Abs. 2 die Vorschriften des Achten Buches der ZPO über Arrest und einstweilige Verfügung ausdrücklich für anwendbar. Es gelten daher in vollem Umfang die gleichen Grundsätze wie im "ordentlichen" zivilgerichtlichen Verfahren (10).

3. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren

Die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (11) hat den lange Zeit andauernden Streit um die Zulässigkeit vorläufiger Regelungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (12) durch die Vorschrift des § 123 VwGO entschieden. Bereits § 30 des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952 (13) hatte die Ermächtigung an das Bundesverwaltungsgericht zum Erlass einer einstweiligen Anordnung enthalten, die - bis auf das Antragsersfordernis - wörtlich mit dem als Vorbild dienenden § 32 Abs. 1 BVerfGG übereinstimmte. Daneben kannte nur noch § 64 des Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz vom 14. April 1950 (14) ausdrücklich eine einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

(7) Wieczorek, a.a.O., A III c 2 zu § 916; Rosenberg, a.a.O., S. 1105; Schuler, Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, NJW 1959, 1801 ff

(8) Das FGG kennt eine einstweilige Anordnung in § 2 Abs. 3 ebenso wie die GBO in § 76 Abs. 1 und die KO in § 106 Abs. 1 S. 2. Vgl. ferner § 56 KartG.

(9) BGBl. I, 1267 ff

(10) Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954, Rdz. 37 ff zu § 62; Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage, Berlin und Frankfurt 1955, Rdz. 99 ff zu § 62

(11) BGBl. I, 17

(12) vgl. die Hinweise bei Quaritsch, a.a.O., S. 210/211, insbes. FN 2

(13) BGBl. I, 625

(14) GVBl. 1950, 103

Nunmehr hat auch der Verwaltungsgerichtsprozeß bundeseinheitlich ein eigenständiges Institut der einstweiligen Anordnung in zwei Grundformen (entsprechend der Regelung in der ZPO): Einmal die eA in bezug auf einen Streitgegenstand (15). Es muß dann die Gefahr bestehen, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes des Antragstellers (im Sinne des § 42 VwGO) vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die andere Form ist die eA zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis (16). Es wird hier das Vorliegen eines regelungsbedürftigen und regelungsfähigen Rechtsverhältnisses vorausgesetzt.

Nach § 123 Abs.3 VwGO gelten verschiedene Vorschriften der ZPO entsprechend.

4. Das sozialgerichtliche Verfahren

Das Sozialgerichtsgesetz vom 3. September 1953 (17) in der Neufassung vom 23. August 1958 (18) erklärt in § 198 Abs.2 die Vorschriften über den Arrest und die einstweilige Verfügung des Achten Buches der ZPO für nicht anwendbar.

Wenn der Gesetzeswortlaut folglich dem Erlaß einstweiliger Verfügungen entgegenzustehen scheint, so zeigt ein Blick auf andere Vorschriften doch, daß auch das SGG vorläufigen Rechtsschutz in Form der Aussetzung des Vollzuges von Verwaltungsakten kennt (19). So kann das Gericht nach § 97 Abs.2 SGG im Falle der Anfechtung eines Verwaltungsaktes, der eine laufende Leistung herabsetzt oder entzieht, auf Antrag des Klägers anordnen, daß der Vollzug des Verwaltungsaktes einstweilen ganz oder teilweise ausgesetzt wird. Ferner kann nach § 199 Abs.2 SGG der Vorsitzende des Gerichts, das über ein Rechts-

(15) vgl. § 935 ZPO

(16) vgl. § 940 ZPO

(17) BGBI. I, 1239, 1326

(18) BGBI. I, 613

(19) Baur, a.a.O., S.10, bezeichnet die Fälle, in denen eine einstweilige Maßnahme mit einer bereits vorhandenen Entscheidung verknüpft ist oder an eine solche anknüpft, anschaulich als sekundären oder nachgeschalteten einstweiligen Rechtsschutz im Gegensatz zum primären oder vorgeschalteten einstweiligen Rechtsschutz (wie Arrest oder einstweilige Verfügung), der weder mit einer schon vorher gegebenen Entscheidung über die Rechtslage verknüpft ist noch an eine solche anknüpft.

mittel, dem keine aufschiebende Wirkung zukommt, zu entscheiden hat, die Vollstreckung durch einstweilige Anordnung aussetzen. Damit ist dem Vorsitzenden aber nicht die Möglichkeit gegeben, einstweilige Regelungen in Fällen zu treffen, in denen vollstreckbare Entscheidungen noch nicht vorliegen (20). Schließlich kann das Gericht bei einer Beschwerde nach § 175 SGG bestimmen, daß der Vollzug der angefochtenen Entscheidung einstweilen ausgesetzt werde. Diese Regelungen betreffen jeweils nur einen eng umgrenzten Sachverhalt.

Ob nach geltendem Recht auch allgemein einstweilige Anordnungen im sozialgerichtlichen Verfahren zulässig sind, ist umstritten (21). Das Bundessozialgericht hat sich zu diesem Problem bisher noch nicht geäußert.

Haueisen (22) hält die eA auch im sozialgerichtlichen Verfahren für zulässig und erforderlich. Aus § 198 Abs.2 SGG folge nur, daß die Vorschriften der ZPO nicht anwendbar seien, nicht aber, daß verwaltungsgerichtliche Normen nicht entsprechend herangezogen werden könnten. Er läßt offen, ob eine Gesetzeslücke vorliege, die durch eine entsprechende Anwendung des § 123 VwGO ausgefüllt werden müsse, oder ob sich die Zulässigkeit derartiger Anordnungen aus allgemeinen verfahrensrechtlichen Gründen ergebe.

Der Streit um die Zulässigkeit "allgemeiner" einstweiliger Anordnungen im sozialgerichtlichen Verfahren kann hier dahinstehen. Jedenfalls gibt es auch in diesem Verfahren Institute, die dem vorläufigen Rechtsschutz dienen.

5. Das finanzgerichtliche Verfahren

Die Finanzgerichtsordnung vom 6. Oktober 1965 (23) hat auch das Institut der einstweiligen Anordnung aufgenommen. In § 114 findet sich eine Regelung, die in dem insoweit maßgebenden Absatz 1 wörtlich mit § 123 VwGO übereinstimmt.

Auch hier kann demnach die eA in den zwei bekannten Formen auftreten, nämlich einmal als Maßnahme in bezug auf einen Streitgegenstand bei Gefahr eines Rechtsverlustes des Antragstellers, zum anderen zur Regelung

(20) Haueisen, Die einstweilige Anordnung im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, MDR 1963, 881

(21) vgl. z.B. LSG Essen, MDR 1964, 541

(22) MDR 1963, 881/884; ferner: Lücken im System des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes, NJW 1963, 321/322

(23) BGBl. I, 1477

eines vorläufigen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis.

Vor Erlaß der FinGO hat die Rechtsprechung die Möglichkeit des Erlasses von eAen im finanzgerichtlichen Verfahren abgelehnt (24). Zur Begründung wurde angeführt, die Abgabenordnung kenne keine einstweilige Anordnung. Auch Art.19 Abs.4 GG führe nicht zur Zulässigkeit solcher Verfahren. In Abgabesachen bestehe ein ausreichender Rechtsschutz in Gestalt der im Einzelfall anzuordnenden Suspensivwirkung eines gegen einen Abgabenbescheid gerichteten Rechtsmittels. Auch eine entsprechende Anwendung des § 123 VwGO komme nicht in Betracht, da eAen bei Anfechtungsklagen nicht zulässig seien (25).

6. Das internationale und supranationale Verfahrensrecht

Auch im Völkerrecht stellt sich für Gerichte und Schiedsgerichte die Aufgabe, den bei Beginn des gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahrens zwischen den Parteien hinsichtlich des Streitgegenstandes bestehenden status quo aufrechtzuerhalten und die für das Endurteil und seine Vollstreckung notwendigen Maßnahmen vorzubereiten (26). Zwischenstaatliche Schiedsverträge enthalten daher häufig Bestimmungen über mögliche vorläufige Maßnahmen durch die Schiedsgerichte (27).

Internationale Gerichtshöfe, die bisher lediglich in integrierten Gemeinschaften, wie etwa im Rahmen des Völkerbundes, bei den Vereinten Nationen und bei der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft verwirklicht werden konnten (28), kennen ebenfalls einstweilige Anordnungen.

So ermächtigte Art.41 des "Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofes in Haag" vom 13. Dezember 1920 den Gerichtshof, auf Antrag oder von

(24) BFH, NJW 1965, 1682/1683

(25) so BFH, NJW 1965, 1682/1684; kritisch Anm. Hauelsen, NJW 1965, 1682 f

(26) Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd.II, Basel 1951, S.643/644

(27) z.B. Art.16 des Abkommens zwischen Deutschland, Polen und der Freien Stadt Danzig über den freien Durchgangsverkehr zwischen Ostpreußen und dem übrigen Deutschland v. 12. Juli 1921 (RGBl. 1069); Art.18 Abs.3 des deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrages v. 28. Februar 1922 (RGBl. I, 217); Art.19 der Schiedsabkommen in Locarno v. 16. Oktober 1925 (RGBl. II, 977)

(28) Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, 3.Bd., München und Berlin 1964, S.40

Amts wegen vorsorgliche Anordnungen ("mesures conservatoires") zu treffen (29).

Der Internationale Gerichtshof der Vereinten Nationen kann ebenfalls auf Grund von Art.41 des Statuts vom 26.Juni 1945 (30) zur Sicherung der Rechte der Parteien einstweilige Verfügungen erlassen.

Art.39 Abs.3 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 (31), Art.186 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 (32) sowie Art.158 des Euratom-Vertrages vom 25. März 1957 (33) ermächtigen den "Europäischen Gerichtshof" (34), in den bei ihm anhängigen Sachen die erforderlichen einstweiligen Anordnungen zu treffen. Die näheren Verfahrensbestimmungen hierzu enthält die "Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften" vom 3. März 1959 (35) in den Art. 83 bis 90.

7. Zusammenfassung

Dieser kursorische Überblick (36) über die Verfahrensregelungen zeigt, daß alle Verfahrensgesetze in irgendeiner Form - meist auch in Gestalt der einstweiligen Anordnung im weiteren Sinne - Maßnahmen des vorläufigen und vorbeugenden Rechtsschutzes kennen, die dem ordentlichen Rechtsschutz vorge-schaltet sind (37).

Würde eine Verfahrensordnung derartige Möglichkeiten zur Verhinderung irreparabler "vollendeter Tatsachen" nicht vorsehen, müßte ihre Vereinbarkeit

(29) Niemeyer, a.a.O., S.5

(30) das in fast allen Punkten dem Statut des früheren Ständigen Internationalen Gerichtshofs des Völkerbundes entspricht.

(31) BGBl. 1952 II, 447; geändert BGBl. 1960 II, 1573

(32) BGBl. 1957 II, 766

(33) BGBl. 1957 II, 1014

(34) vgl. "Abkommen über die gemeinsamen Organe für die Europäischen Gemeinschaften" v. 25. März 1957 (BGBl. 1957 II, 1156)

(35) BGBl. II, 1205; geändert durch Beschluß v. 11. November 1959, BGBl. 1960 II, 452, und durch Beschluß v. 19. Juni 1962, BGBl. II, 1030

(36) Hierbei sollten nicht etwa die Unterschiede in den einzelnen Verfahrensarten herausgestellt, sondern lediglich die Notwendigkeit von Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes aufgezeigt werden.

(37) Baur, a.a.O., S.3

mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art.19 Abs.4 GG, ernstlich in Zweifel gezogen werden (38). Aus dem grundsätzlich weit auszulegenden Art.19 Abs.4 GG ist zu folgern, daß es in allen Gerichtsbarkeiten auch einen vorläufigen Rechtsschutz geben muß (39). Dabei ist auch berücksichtigt, daß die Auffangnorm des Art.19 Abs.4 GG nur insoweit die gerichtlichen Verfahren erfaßt, als er eine institutionelle Garantie irgendeiner Gerichtsbarkeit enthält, die zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gegenüber dem einzelnen berufen ist (40). Wie der vorläufige Rechtsschutz im Einzelfall ausgestaltet ist, bleibt den jeweiligen Verfahrensgesetzen vorbehalten.

Art.19 Abs.4 GG garantiert nicht nur das Bestehen eines Rechtsweges, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzbegehrens (41). Ohne die Möglichkeit von vorläufigen Maßnahmen zur Verhinderung einer drohenden Gefahr oder zur Sicherung eines gefährdeten Rechtes wäre ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz nicht gewährleistet. Eine richtig verstandene Auslegung des Rechtsstaatsgrundsatzes kann daher eine Verfahrensordnung nicht für verfassungskonform ansehen, aus der sich ergibt, daß die Beteiligten während eines Verfahrens ein Handeln oder Unterlassen, das die gerichtliche Entscheidung vorwegnimmt, wehrlos dulden müssen. Die Möglichkeit zum Erlaß vorläufiger Rechtsschutzmaßnahmen ist daher jedem rechtsstaatlich geordneten Verfahren immanent, gehört "zum selbstverständlichen Bestandteil jeder richterlichen Streitschlichtung" (42).

(38) Ule, DVBl 1959, 539; Arndt, NJW 1959, 2146

(39) Maunz-Dürig, a.a.O., Rdz.14 zu Art.19 IV

(40) Maunz-Dürig, a.a.O., Rdz.3 zu Art.19 IV

(41) BVerwG, NJW 1965, 314; Maunz-Dürig, a.a.O., Rdz.12 zu Art.19 IV

(42) Quaritsch, a.a.O., S.216; Förster, a.a.O., S.66; Niemeyer, a.a.O., S.16; OVG Lüneburg, AS 11, 503/508; auch schon Jerusalem, a.a.O., S.184; Simons, HDStR Bd.2, Sp.740; Görres, JW 1929, 3361; ablehnend: Friesenhahn, RVerwBl 1932, 764; Häntzschel, AöR NF 20, 395; Löwenthal RuPrVerwBl 1930, 748; Thür.StGH, JW 1931, 761/762

III. DIE BESONDERHEIT DER EINSTWEILIGEN ANORDNUNG IM VERFASSUNGSGERICHTLICHEN VERFAHREN

1. Das Bundesverfassungsgericht als "echtes" Gericht

Die Verfassungsgerichtsbarkeit nimmt innerhalb der "Dritten Gewalt" im Staate eine besondere Stellung ein. Sie unterscheidet sich grundsätzlich von jeder anderen Gerichtsbarkeit dadurch, daß sie es mit "politischen" Rechtsstreitigkeiten (1) zu tun hat. Bei allen vor das BVerfG gelangenden Streitigkeiten geht es potentiell um Fragen, die die politische Einheit und Ordnung berühren. Häufig steht so hinter der dem Gericht vorgelegten Rechtsfrage ein aktuelles politisches Interesse (2).

Verfassungsgerichtsbarkeit wird im folgenden im materiellen Sinn verstanden, nämlich als richterliche Erledigung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten in einem justizförmigen Verfahren (3).

Eine der am meisten umstrittenen Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, ob ein auf diesem Gebiet Recht sprechendes Gericht überhaupt als Gericht

- (1) Zur Problematik "Juridifizierung der Politik - Politisierung der Justiz" vgl. Roellecke, a.a.O., S.19/20.

Der Begriff des "Politischen" ist vielgestaltig und heftig umstritten. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, hierauf näher einzugehen. Der Begriff wird hier - im Gegensatz zur rechtsprechenden Tätigkeit - aufgefaßt als allein nach Zweckmäßigkeitserwägungen ausgerichtete schöpferische Gestaltung des sozialen Bereichs.

- (2) Hans Schneider, NJW 1953, 802; Roemer, JZ 1951, 193

- (3) Näher kann auf den komplexen Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit im materiellen Sinn nicht eingegangen werden; vgl. etwa Maunz, BVerfGG-Komm., Vorbem. Rdz.3.

Aus der Vielzahl der Definitionen des Begriffes seien nur einige genannt: Draht (VVDStRL, H.9, S.20) versteht unter Verfassungsgerichtsbarkeit "den gerichtlichen Schutz des Verfassungsrechts zur Gewährleistung des verfassungsmäßigen Funktionierens des Staates", Triepel (VVDStRL, H.5, S.6) ein "Institut, das der Verfassung als dem Inbegriff der den staatlichen Verband zur Einheit konstituierenden Ordnung in gerichtsförmiger Weise Bestand und Gewähr verschaffen soll". Kelsen (VVDStRL, H.5, S.30) sieht die Verfassungsgerichtsbarkeit als ein Glied in dem System rechtstechnischer Maßnahmen, die den Zweck haben, die Rechtmäßigkeit der Staatsfunktionen zu sichern.

im herkömmlichen Sinne tätig wird, oder ob es nicht vielmehr politische Entscheidungen in justizförmiger Art erläßt (4).

Die Väter unseres Grundgesetzes haben sich für eine echte Gerichtsbarkeit in verfassungsrechtlichen Fragen entschieden (5), als "Krönung" des Rechtsstaates das BVerfG geschaffen und es nicht nur als oberstes Gericht, sondern als eigentliches, echtes Verfassungsorgan eingesetzt. Es gibt heute kaum noch Tatbestände im verfassungsrechtlichen und damit politischen Bereich, die der richterlichen Kontrolle entzogen sind. Auf all diesen Gebieten wird das Gericht eindeutig in rechtsprechender Funktion tätig (6). Es ist nicht seine Aufgabe, politische Willensentscheidungen zu treffen, eine politische Führerrolle oder die Rolle eines ergänzenden Verfassungsgesetzgebers zu spielen (7). Vielmehr soll es das bestehende Verfassungsrecht klarstellen, in die Verfassungswirklichkeit umsetzen und darüber wachen, daß in Auseinandersetzungen die "alle verpflichtenden und die Ordnung des Ganzen gewährleistenden Normen des Grundgesetzes beachtet werden" (8).

2. Der Begriff der eA nach dem BVerfGG

In allen gerichtlichen Verfahrensarten kann sich - wie bereits dargelegt wurde - die Notwendigkeit ergeben, vorläufige Maßnahmen zu treffen. Dem trägt § 32 BVerfGG Rechnung (9), womit klargestellt ist, daß das BVerfG grundsätzlich befugt ist, "bei einer Gefährdung des Rechtsfriedens, die von verfassungsrechtlichen Differenzen zwischen parteifähigen Subjekten herrührt, zur Vorbereitung und Sicherung eines endgültigen Erkenntnisses eine vorläufige Maßregel zu treffen" (10).

(4) Maunz, Staatsrecht, S.257; Roellecke, a.a.O., S.19

(5) Dreher, NJW 1951, 378; v.Mangoldt, a.a.O., Anm.3 zu Art.92; Roellecke, a.a.O., S.182

(6) Hamann, a.a.O., A 3 und 4 zu Art.93; Dreher, NJW 1951, 379; Wintrich, BayrVerwBl 1956, 132

(7) Roemer, JZ 1951, 193

(8) Höpker-Aschoff in "Das Bundesverfassungsgericht", S.2

(9) Die Studie befaßt sich lediglich mit der eA im deutschen verfassungsgerichtlichen Verfahren. Zu den möglichen eAen in ausländischen verfassungsgerichtlichen Verfahren vgl. Ulshöfer, Verfassungsgerichtsbarkeit der Gegenwart, a.a.O., S.759 f

(10) Fuß, DÖV 1959, 201

Lechner (11) versteht die eAen als "vorläufige Verfügungen des Gerichts, die zur Vermeidung von Rechtsnachteilen in einem beschleunigten Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung ergehen".

Fuß (12) sieht die eA in einem mehr objektiven Sinn als Mittel, die Stellung des BVerfG als Hüters der Verfassung unbedingt sicherzustellen (13).

Die Ähnlichkeit der Regelung des § 32 BVerfGG mit vorläufigen Maßnahmen in anderen Verfahrensgesetzen darf angesichts der Verschiedenartigkeit der Staatsgerichtsbarkeit gegenüber der sonstigen Gerichtsbarkeit (14) nicht darüber hinwegtäuschen, daß der eA in der Hand des BVerfG eine völlig andere Bedeutung zukommt als der Befugnis anderer Gerichte zum Erlaß prozessualer Provisorien (15).

3. Die eA als "Rechtsentscheidung"

Solange einem Verfassungsgericht nicht ausdrücklich kraft gesetzlicher Zuweisung die Befugnis zum Erlaß von eAen zugestanden ist, kann es zweifelhaft sein, ob eine derartige Maßnahme überhaupt eine "Rechtsentscheidung" darstellt - auch wenn sich der Verfassungsgeber grundsätzlich für ein Gericht als Streitschlichter in politischen Auseinandersetzungen entschieden hat - oder ob sie nicht vielmehr eine (der eigentlichen richterlichen Funktion fremde) "Zweckmäßigkeitsentscheidung" ist.

Zur Zeit der Weimarer Republik haben beachtliche Stimmen dem StGH die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Verfügungen deshalb abgesprochen, weil er sich von reinen Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lasse, wenn er - ohne auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zurückgreifen zu können - eine vorläufige Regelung erlasse.

So hat Friesenhahn (16) die vorläufige Regelung während eines schwebenden Rechtsstreits nicht als Akt der Rechtsprechung und die Befugnis hierzu als

(11) Komm., 2 zu § 32 Abs.1, und "Die Grundrechte", 3.Bd., 2.Halbbd., S.709

(12) DÖV 1959, 202

(13) vgl. auch Maunz-Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.6 zu § 32

(14) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928, S.135; Schüle, a.a.O., S.15

(15) Fuß, DÖV 1959, 204; Maunz-Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.6 zu § 32

(16) RVerwBl 1932, 761/764

nicht der Justiz wesenseigen bezeichnet. Carl Schmitt (17) sah den Verfassungsrichter, der einstweilige Verfügungen erläßt, in die Lage geraten, "politische Maßnahmen zu treffen ... und in einer Weise politisch aktiv zu werden, die ihn zu einem mächtigen Faktor der staatlichen Innen- und gegebenenfalls sogar Außenpolitik macht; seine richterliche Unabhängigkeit kann ihn dann vor der politischen Verantwortlichkeit nicht mehr schützen, wenn überhaupt noch eine politische Verantwortlichkeit bestehen soll".

Häntzschel (18) bezeichnete die einstweilige Verfügung ebenfalls nicht als Rechtsentscheidung. Da das "Recht noch nicht gefunden" sei, könne sie nur Zweckmäßigkeitsmaßnahme sein. Zu einem Übergreifen der Justiz auf das Gebiet der Exekutive gebe aber die Verfassung keine Handhabe.

Nach § 32 BVerfGG ist der Hüter der Verfassung ermächtigt, in vorläufiger Weise, ohne den eigentlichen Streit zu entscheiden, das Handeln der Exekutive und der Legislative zu stoppen. Die für ein derartiges Eingreifen des Gerichts erforderlichen Voraussetzungen sind in dieser Vorschrift näher umschrieben. Daß heute die Anordnungsentscheidungen echte "Rechtsentscheidungen" sind, kann daher jedenfalls nicht mehr mit dem Argument der fehlenden positiv-rechtlichen Ermächtigung angezweifelt werden.

Das Gericht trifft mit dem Erlaß einer eA auch keine reine Zweckmäßigkeitsentscheidung. Es wendet beim Erlaß einer eA immer eine gegebene Rechtsnorm auf einen gegebenen Sachverhalt an, wobei es den Beteiligten als "unbeteiligter Dritter" gegenübersteht und durch sachlich und persönlich unabhängige Richter in einem rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verfahren durch staatliche Autorität entscheidet, was rechtens ist (19).

Die Ausübung rechtsprechender Gewalt erschöpft sich nicht in der "Entscheidung zwischen zwei gegensätzlichen Rechtsbehauptungen" (20). Kennzeichnend für den Rechtsprechungsakt ist auch nicht allein das Merkmal der abschließenden, endgültigen Entscheidung. Wenn daher eine eA vorläufig und auflösend bedingt durch die Entscheidung in der Hauptsache ergeht, steht dies der Rechtsprechungsqualität nicht entgegen (21).

(17) a.a.O., S.32

(18) AöR, NF 20, 384/394

(19) Quaritsch, a.a.O., S.216

(20) Hamann, a.a.O., B 1 b aa) zu Art.92; Wintrich, BayrVerwBl 1956, 132

(21) Quaritsch, a.a.O., S.216

Auch der Umstand, daß die Entscheidungen - auch eAen - des BVerfG in aller Regel politisch bedeutsame Konsequenzen haben, ändert nichts daran, daß es sich dabei um Rechtsfindung, nicht um Politik handelt (22).

Zur Zeit der Weimarer Verfassung war die Ansicht vertreten worden (23), eine einstweilige Verfügung des StGH sei dann nicht angebracht, "wenn angesichts der Schwere, der Eigenheit oder des Umfangs der Streitlage den Parteien nicht zugemutet werden" könnte, "sich durch den Verfassungsrichter das Gesetz ihres Tun und Lassens bis zur Beendigung des Prozesses vorschreiben zu lassen, also vor allem, wenn der politische Einschlag ... zu bedeutend" war (24).

Demgegenüber ist festzuhalten, daß das GG und das BVerfGG es den am verfassungsgerichtlichen Verfahren Beteiligten durchaus "zumuten", sich Beschränkungen bis zur Endentscheidung in Gestalt von eAen zu beugen.

Allenfalls könnte heute gefragt werden, ob die Ermächtigung zum Erlaß von eAen nicht als ein "Fremdkörper" im verfassungsgerichtlichen Verfahren anzusehen sei. Es muß daher der Stand der eA im System des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes bestimmt und die Frage beantwortet werden, ob die Ermächtigung möglicherweise das Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit verändert (25). Denn trotz der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung könnten sich Zweifel an der Vereinbarkeit von vorläufigen Maßnahmen des BVerfG etwa mit dem Gewaltenteilungsprinzip ergeben, weil das Gericht mit eAen in die Sphäre von Legislative und Exekutive eingreifen und deren verfassungsmäßige Rechte schmälern könnte. Dies könnte zu einer Überbetonung der Befugnisse der "Dritten Gewalt" und damit zu einem weiteren Schritt auf dem Wege vom Rechtsstaat zum Justizstaat führen (26).

Eine Antwort hierauf kann erst am Schluß der Studie gegeben werden.

(22) Dreher, NJW 1951, 378

(23) Schüle, a.a.O., S.89; Glum, ZaöRV 1929, Bd.I, 475; vgl. auch noch Klein, DVBl 1950, 231

(24) Schüle, a.a.O., S.89

(25) Diese Frage stellt auch Quaritsch, a.a.O., S.214, bezüglich der eA im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

(26) Förster, a.a.O., S.5

4. Die Notwendigkeit von eAen im verfassungsgerichtlichen Verfahren

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß gerade innerhalb des verfassungsgerichtlichen Verfahrens eine besondere Notwendigkeit besteht, in bestimmten Fällen eine einstweilige Regelung zu erlassen. Dem steht auch nicht entgegen, daß hier der zu entscheidende Sachverhalt feststeht und lediglich Rechtsfragen zu klären sind. Während diese nach baldiger Lösung drängen, bedarf das Gericht zur gewissenhaften und umfassenden Prüfung eines mehr oder weniger langen Zeitraumes. Das BVerfG hat gerade dieses Zeitproblem in vielen Entscheidungen angesprochen und die eA damit begründet, daß ihm für eine zur Entscheidung in der Hauptsache erforderliche eingehende und umfassende Prüfung der subtilen Rechtsfragen die Zeit fehle (27).

(27) z.B. E 1, 1: "Die Entscheidung in der Hauptsache kann nicht rechtzeitig vor dem festgesetzten Abstimmungstag ergehen ... Das BVerfGG enthält bindende Bestimmungen über Förmlichkeiten des Verfahrens, deren Beachtung eine gewisse Zeit beansprucht..."; E 1, 349/350: "Die Abfassung des Urteils wird längere Zeit beanspruchen"; E 7, 367/371: "Die eA kann gerade deshalb nötig werden, weil dem Gericht die zur gewissenhaften und umfassenden Prüfung der für die Entscheidung in der Hauptsache erheblichen Rechtsfragen erforderliche Zeit fehlt"; E 15, 219/221: "Die eA ... ist ergangen, um für die Prüfung der Verfassungsbeschwerde Zeit zu gewinnen, ohne daß die weitere Entwicklung ... vollendete Tatsachen schuf"; E 18, 157/158: "Die Verfassungsbeschwerde wirft eine Reihe nicht einfacher Rechtsfragen auf; ihre Entscheidung bedarf gründlicher Vorbereitung".

Zweiter Teil

ÜBERBLICK ÜBER DIE ENTWICKLUNG VON INSTITUTEN DES VORLÄUFIGEN RECHTSSCHUTZES IN DER DEUTSCHEN STAATS- UND VERFASSUNGS- GERICHTSBARKEIT

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, deren geschichtliche Entwicklung im folgenden - unter besonderer Berücksichtigung von Maßnahmen, die der eA in etwa vergleichbar sind - in wenigen Strichen skizziert werden soll, ist nicht lediglich ausländischen Vorbildern nachgeahmt worden. Die Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen durch Gerichte entspricht vielmehr alter deutscher Rechtstradition (1).

I. DIE ENTWICKLUNG BIS ZU BEGINN DES 19. JAHRHUNDERTS

In Deutschland bestand - ebenso wie im übrigen Europa und wie heute noch in den angelsächsischen Ländern - das Prinzip der Einheit der Justiz für privat- und öffentlichrechtliche Streitigkeiten.

Dem Schutze der "Verfassungsordnung" dienten über Jahrhunderte hinweg Gerichte. Hierin sind natürlich nur Ansätze einer Verfassungsgerichtsbarkeit im modernen Sinn zu sehen, jedoch ist deren eigentliche Aufgabe, die Kontrolle der staatlichen Machtfunktion durch unabhängige Gerichte, im Ansatzpunkt erkennbar. Das zeigt sich etwa darin, daß selbst der König oder Kaiser vor Gericht gestellt werden konnte, wenn er seine politische Macht mißbrauchte. So sah z.B. der Sachsenspiegel des Eicke von Repgow aus dem Jahre 1235 eine gerichtliche Anklage gegen den Kaiser des "Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation" vor (2). Etwa seit dem 14. Jahrhundert erledigten sog. Aussträgalgerichte Streitigkeiten zwischen Fürsten, Prälaten, Ständen und Rittern. Es waren dies eine Art Schiedsgerichte, vor denen die streitenden Parteien die Streitsache "auszutragen" hatten.

(1) Wagner, DRiZ 1961, 281

(2) Weiske, Sachsenspiegel, 3. Auflage, Leipzig 1905, 3. Buch, Art. 52, § 3 am Ende

Irgendwelche Ansätze von Institutionen, die der heutigen eA vergleichbar sind, sind aus dieser Zeit nicht festzustellen.

Später übertrug eine Reihe von Gesetzen, so etwa der Jüngste Reichsabschied von 1654 (3), die Entscheidung von Streitigkeiten, die wir heute als verfassungsrechtliche bezeichnen würden, dem seit 1495 bestehenden Reichskammergericht (oder dem seit 1518 in Wien bestehenden Reichshofrat als dem Gericht des Kaisers). Die Austrägalgerichte, die daneben bestanden, wuchsen in die Rolle einer Vorinstanz und behaupteten sich bis zum Deutschen Bund.

Die Reichskammergerichtsordnung von 1555 bestimmte in ihrem 2. Teil, Titel XXI, § 3 (4):

"...sollen Cammer-Richter und Beysitzer Gewalt und Macht haben, auff Anruffen der Partheyen, oder für sich selbst ex officio die Possession zu sequestrieren, oder aber der quasi Possession halben, anstatt der Sequestration, beyden Theilen zu gebieten / sich derselben zu enthalten / und alsbald darauff summarie ohn einigen gerichtlichen Prozeß, oder andere weitlauefftige Ausführung der Sachen, zu erkennen, welchem Theil die Possession oder quasi einzugeben oder zu inhibiren sey, sich derselben biß zu endlichem Austrag des endlichen Rechtens, in possessorio oder petitorio zu enthalten. Und so das beschehen, soll alsdann solches keinem Theil an seinem Innhaben oder Besitz, im Recht nachtheilig seyn".

Hierin kann eine Art vorläufiger Maßnahme gesehen werden, die in etwa mit der eA vergleichbar ist (5).

Die Reichskammergerichtsordnung (6) kannte ferner im 2. Teil, Titel XXIII, das sog. "mandatum sine clausula". Hiernach konnte das Reichskammergericht in dringenden Fällen auch ohne ein vorausgegangenes Erkenntnis ("iustificatori clausul") ein gerichtliches Mandat erlassen. Auch hierin liegt eine Maßnahme, die Ähnlichkeit mit dem vorläufigen Rechtsschutz im heutigen Sinne aufweist.

Im Ständestaat standen sich Fürst und Stände nach Art von Vertragsparteien

(3) insbesondere § 105; vgl. Zeumer, a.a.O., Nr. 200

(4) Neue Sammlung der Reichsabschiede, 3. Teil (1552-1654), Frankfurt/Main 1747, S. 101, li. Spalte; vgl. auch Niemeyer, a.a.O., S. 23

(5) Förster, a.a.O., S. 32 f; Gebhardt, a.a.O., S. 1

(6) siehe FN (4)

gegenüber. Hieraus entspringt auch die Auffassung, daß Zwistigkeiten zwischen Regierung und Ständen durch Schieds- oder Richterspruch geschlichtet werden könnten (7).

II. DIE ENTWICKLUNG BIS ZUM JAHRE 1870

Die im alten Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation erkennbaren Ansätze für eine Verfassungsgerichtsbarkeit wurden in der Verfassungsordnung des Deutschen Bundes nicht fortentwickelt. Ein Bundesgericht wurde nicht eingeführt. Vielmehr sah Art.11 Abs.4 der Deutschen Bundesakte vom 8.Juni 1815 (8) vor, daß Streitigkeiten zwischen Bundes-Gliedern bei der Bundesversammlung anzubringen waren. Falls ein Vermittlungsversuch der Bundesversammlung fehlschlug, war eine richterliche Entscheidung nur durch eine Austrägal-Instanz möglich (9).

Die Schlußakte der Wiener Ministerkonferenzen vom 15.Mai 1820 (10) enthielten ebenfalls Bestimmungen über die Beilegung von Verfassungsstreitigkeiten. Nach Art.18 war die Bundes-Versammlung berufen, für die Erhaltung oder Wiederherstellung der bedrohten oder gestörten "inneren Ruhe und Sicherheit" Sorge zu tragen. Sie besaß auch gewisse Zuständigkeiten zur "gütlichen Vermittlung oder compromissarischen Entscheidung" für Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Gliedstaates (Art.60, a.a.O.).

Nach Art.19 der Wiener Schlußakte war die Bundes-Versammlung berufen, "wenn zwischen Bundes-Gliedern Thätlichkeiten zu besorgen, oder wirklich ausgeübt worden sind" "vorläufige Maßregeln zu ergreifen, wodurch jeder Selbsthülfe vorgebeugt und der bereits unternommenen Einhalt gethan werde". Wenn auch die Bundes-Versammlung keine gerichtliche Instanz war, so kann man in diesen "vorläufigen Maßregeln" doch Vorläufer der eA sehen.

Die - nie in Kraft getretenen - Verfassungen der Frankfurter Nationalversammlung vom 28.März 1849 (11) und die vom Reichstag in Erfurt im April

(7) Triepel, VVDStL, H.5, S.10; Friesenhahn, HDStR, Bd.II, S.528

(8) Huber I, Nr.29

(9) Austrägalordnung v. 16.Juni 1817, Huber I, Nr.36

(10) Huber I, Nr.30

(11) Huber I, Nr.102

1850 angenommene Unions-Verfassung (12) sahen eine Verfassungsgerichtsbarkeit in verhältnismäßig weitem Umfang vor. Hier erscheint zum erstenmal der Gedanke einer echten selbständigen und umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit des Reiches (13). Das Ideengut dieser beiden Verfassungen sollte erst hundert Jahre später wieder mit neuen Impulsen versehen werden.

Einen Rückschlag erlebte die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Reformakte des Deutschen Bundes vom 1. September 1863 (14), die die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes fast vollständig ausschaltete.

Mit der Ausbreitung des Gedankens der Gewaltenteilung auf der Grundlage der Lehre Montesquieus entstanden jedoch auch in Deutschland - wenn auch zunächst lediglich auf Länderebene - die ersten Staatsgerichtshöfe. Württemberg begann bereits im Jahre 1819, und die Länder Sachsen (1831) und Bayern (1850) folgten (15).

Diese Entwicklung war durch die Auflösung des alten Reichsverbandes gefördert worden. Die Staatsgerichtshöfe bildeten einen Ersatz für den Schutz, den der aufgelöste Reichsverband den Ständen sowie den Landesfürsten gegenüber den Ständen durch die Institution der Reichsgerichte geboten hatte.

III. DIE REGELUNG AUF GRUND DER VERFASSUNG VON 1871

Die Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 16. April 1867 (16) und die Bismarck'sche Reichsverfassung vom 16. April 1871 (17) verzichteten vollständig auf eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassungsstreitigkeiten wurden im Wege der Reichsaufsicht (Art. 7) und der Reichsexekution (Art. 19) erledigt. Streitigkeiten nicht privatrechtlicher Art zwischen verschiedenen Bundesstaaten erledigte auf Anrufen eines Teils der Bundesrat, also das politische Organ, in dem alle Landesfürsten vertreten waren, wobei diese Erledigung meist im Hinwirken auf einen Vergleich bestand (18). Der Bundesrat hatte auch nach

(12) Huber I, Nr. 177

(13) vgl. den Zuständigkeitskatalog des § 126 der Verfassung von 1849

(14) Huber II, Nr. 107

(15) Wagner, DRiZ 1961, 281

(16) Huber II, Nr. 187

(17) Huber II, Nr. 218

(18) Art. 76 Abs. 1; vgl. Bornhak, Grundriß des Deutschen Staatsrechts, 7. Auflage, Leipzig-Erlangen 1926, S. 179

Art.76 Abs.2 Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Bundesstaates auf Anrufen eines Teils gütlich auszugleichen, sofern nicht der Bundesstaat selbst eine Behörde zur Entscheidung der Streitigkeit bestimmt hatte.

Im Falle des Mißlingens eines gütlichen Ausgleichs war der Streit auf dem Gesetzgebungsweg, also unter Zuziehung des Reichstages, zu erledigen.

Der Versuch, dem Bundesrat als Vergleichsinstanz (19) die Entscheidung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten zuzuweisen, mußte mißlingen, da ihm nur ein Recht zum gütlichen Ausgleich, keine Entscheidungsbefugnis zugesprochen wurde. Er ging diplomatisch, nicht gerichtsförmig, politisch, nicht verfassungsgerichtlich vor (20).

Einstweilige Maßnahmen in unserem Sinne konnte er nicht erlassen

Dagegen besaß der Württembergische Verwaltungsgerichtshof seit 1879 die Befugnis zum Erlaß von einstweiligen Verfügungen. Diesem Vorbild schlossen sich einige deutsche Staaten an, so Hessen, Koburg-Gotha, Oldenburg und Schwarzburg-Sondershausen (21).

IV. DIE REGELUNG AUF GRUND DER WEIMARER VERFASSUNG VON 1919

1. Die allgemeine verfassungsrechtliche Lage

Die Reichsverfassung vom 11. August 1919 baute auf dem Ideenschatz der Paulskirche auf, setzte aber kein einheitliches Verfassungsgericht ein, sondern verteilte dessen Funktionen auf verschiedene Gerichte. Art.108 WRV sah die Errichtung eines Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich vor. Durch Gesetz vom 9. Juli 1921 (22) wurde dieser errichtet.

Daneben waren andere Gerichte des Reiches jeweils für einen relativ kleinen Kreis von Streitigkeiten aus dem Bereich des Verfassungslebens zuständig. So entschied das Reichsgericht - und im Rahmen seiner Zuständigkeit der Reichsfinanzhof - über die Vereinbarkeit von Landesgesetzen mit dem Reichsrecht (Art.13 Abs.2 WRV).

In größerem Umfang wurden Fragen, die vorher als politisch angesehen wor-

(19) Triepel, VVDStRL, H.5, S.11

(20) Förster, a.a.O., S.14

(21) Quaritsch, a.a.O., S.211 mit Einzelnachweisen

(22) RGBl. 905

den waren, der Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes übertragen. Die Kompetenzen des beim Reichsgericht in Leipzig errichteten Staatsgerichtshofes ergaben sich unmittelbar aus der Verfassung (23).

Die wichtigsten Gruppen von Streitigkeiten waren die in Art.19 WRV geregelten, nämlich die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein Gericht zu ihrer Erledigung bestand, Streitigkeiten nicht privatrechtlicher Art zwischen verschiedenen Ländern sowie Streitigkeiten nicht privatrechtlicher Art zwischen dem Reich und einem Land.

Auffallend ist, daß die WRV die Entscheidung über Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen des Reiches selbst nicht dem StGH übertragen hatte. Diese konnten nicht justizförmig ausgetragen werden, wurden vielmehr dem freien Spiel der politischen Kräfte und der Volksentscheidung überlassen.

Ferner fehlte es an einer Zuständigkeit für die Kontrolle reichsrechtlicher Vorschriften auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Es gab nur Inzidententscheidungen der einzelnen Gerichte anlässlich eines ihnen vorgetragenen konkreten Sachverhalts über die Gültigkeit der anzuwendenden Rechtssätze.

Auch gab es keine Zuständigkeit für Beschwerden des Bürgers gegen Verletzungen seiner verfassungsmäßigen Rechte.

2. Die Rechtslage hinsichtlich der einstweiligen Verfügung

Weder die Verfassung vom 11. August 1919 noch das Gesetz über den Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich enthielten Bestimmungen über die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen. Das StGH-Gesetz überließ, soweit es nicht selbst eine Regelung vorsah, die gesamte verfahrensrechtliche Ausgestaltung einer Geschäftsordnung (§ 23), durch die der Präsident des Reichsgerichts das Verfahren und den Geschäftsgang regeln sollte. Auch diese Geschäftsordnung (24) enthielt keine Bestimmungen über den vorläufigen Rechtsschutz. Sie erklärte in ihrem § 8 eine Reihe von Verfahrensvorschriften der ZPO für entsprechend anwendbar. Auf die einschlägigen Bestimmungen der ZPO über einstweilige Verfügungen (§§ 935, 940 ZPO) wurde jedoch nicht Bezug genommen.

(23) Art.15 Abs.3; 18 Abs.7; 19 Abs.1; 59; 90; 170 Abs.2; 171 Abs.2 WRV; vgl. hierzu Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung v. 11. August 1919, 3. Auflage, Berlin 1928, S.390; Jahrreiss, System des deutschen Verfassungsrechts, Tübingen 1930, S.87.

(24) vom 20. September 1921, RGBI. 1535

3. Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes zur einstweiligen Verfügung

Konnte der StGH für das Deutsche Reich nicht auf einschlägige gesetzliche Vorschriften zurückgreifen (25), so oblag ihm die Aufgabe, im Wege seiner Spruchstätigkeit zur Frage der Möglichkeit einstweiliger Verfügungen Stellung zu nehmen und gegebenenfalls deren Voraussetzungen näher zu bestimmen.

In der ersten einschlägigen Entscheidung (26) begnügte sich der StGH mit der lapidaren Feststellung, da er Entscheidungen zu fällen habe, und da die Parteien seiner Gerichtsbarkeit in der Weise unterworfen seien, daß ein durch eine solche Entscheidung angeordneter Zustand für die Dauer zwangsweise herbeigeführt werden könne, sei nicht einzusehen, weshalb er nicht auch erforderlichenfalls zu einer vorläufigen Regelung befugt sein solle. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung hierzu bedürfe es nicht.

Der StGH hat daneben lediglich noch eine weitere einstweilige Verfügung erlassen, und zwar in seiner Entscheidung vom 17. November 1928 (27), im sog. "Biersteuerstreit", in der er die Zulässigkeit einer einstweiligen Regelung ohne weiteres voraussetzte. Er begnügte sich mit einem Hinweis auf die Begründung der Entscheidung vom 10. Oktober 1925, ebenso wie in der eine einstweilige Verfügung ablehnenden Entscheidung vom 22./23. Oktober 1929 (28) in dem Verfahren wegen der Teilnahme der preußischen Beamten am Volksbegehren.

Nur in dem Rechtsstreit zwischen Thüringen und dem Deutschen Reich wegen Weitergewährung der Polizeikostenzuschüsse (29) gab der StGH eine weitere Begründung für die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen. Dabei wies er unter anderem auf den Unterschied zwischen den vor ihm und den im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auszutragenden Streitigkeiten hin, wobei er betonte, daß die Verwaltungsgerichte im allgemeinen nicht zum Erlaß von

(25) Hugelmann, Zur Lehre von der Reichsexekution nach der Weimarer Verfassung, ZÖffR 1927, 531, machte einen Vorschlag de lege ferenda für die Fassung der Befugnis des StGH zum Erlaß einstweiliger Verfügungen.

(26) vom 10. Oktober 1925 in der Streitsache des Landes Lübeck gegen das Land Mecklenburg-Schwerin wegen Ausübung der Fischereihoheit und der Schiffsfahrtpolizei in der Travemünder Bucht; RGZ 111, Anh. 21 ff

(27) RGZ 122, Anh. 17 ff

(28) RGZ 126, Anh. 1 ff

(29) RGZ 129, Anh. 28 ff

einstweiligen Verfügungen berufen seien. Nach Ansicht des StGH deckte sich bei den vor ihm auszutragenden Streitigkeiten zwischen verschiedenen Ländern oder zwischen dem Reich und einem Land das Verhältnis der widerstrebenden Interessen, der Streitteile zueinander und zum Gericht nicht mit den entsprechenden Beziehungen im Verwaltungsstreitverfahren, wo der Staat die Möglichkeit habe, durch außergerichtliche Akte der Staatsgewalt in einer die gegenseitigen Belange unparteiisch abwägenden Weise den einstweiligen Zustand bis zur Entscheidung der Hauptsache befriedigend zu regeln. Diese Möglichkeit fehle bei den vor dem StGH auszutragenden Streitigkeiten. Gegen das Bedenken, eine einstweilige Verfügung greife in unzulässiger Weise in die staatliche Exekutive ein, machte der StGH geltend, daß dies alles in gleicher Weise auf die endgültige Entscheidung des Gerichts zutreffe.

In der Entscheidung vom 22./23. Oktober 1929 (30) meldete der StGH Zweifel an, ob er eine einstweilige Verfügung nicht nur in Streitigkeiten zwischen verschiedenen Ländern oder zwischen dem Reich und einem Land, sondern auch bei Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes erlassen könne. Er brauchte diese Frage nicht endgültig zu entscheiden, da der Erlaß einer einstweiligen Verfügung schon aus einem anderen Grunde nicht in Betracht kam.

Weitere Anträge auf Erlaß einstweiliger Verfügungen wurden entweder vom StGH aus materiell-rechtlichen Gründen zurückgewiesen (31) oder erledigten sich durch die Entscheidung in der Hauptsache (32) oder in sonstiger Weise (33).

Wegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen von einstweiligen Verfügungen hat der StGH von Anfang an auf die entsprechend anzuwendenden zivilprozessualen Vorschriften, insbesondere auf § 940 ZPO, verwiesen (34). Es mußten also wesentliche Nachteile drohen, zu deren Abwendung die einstweilige Regelung erforderlich war.

Diese Rechtsprechung des StGH für das Deutsche Reich ist von den Staatsgerichtshöfen der Länder nicht übernommen worden.

(30) RGZ 126, Anh. 1 ff

(31) LS I, 411 ff; II, 98/99; II, 175/176; V, 180/184; V, 198/200; VI, 133/136

(32) LS II, 66/72

(33) LS V, 149/152

(34) RGZ 111, Anh. 21/22; LS I, 411/414; V, 198/200; vgl. auch Simons, LS V, S.X

So hat der Thüringische Staatsgerichtshof (35) sich mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung nicht für befugt gehalten, einstweilige Verfügungen zu erlassen, die im übrigen auch immer der Endentscheidung irgendwie vorgreifen würden. Eine analoge Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften sei höchstens dort gestattet, wo eine Verfahrensart nach Zweck und Einrichtung mit dem Verfahren der ZPO übereinstimme, was für die Staatsgerichtsbarkeit nicht zutreffe.

Der Bayerische Staatsgerichtshof hatte zunächst den Erlaß einstweiliger Verfügungen für unzulässig gehalten (36), später deren Zulässigkeit dahingestellt sein lassen, da die materiellen Voraussetzungen nicht gegeben waren (37).

4. Stellungnahmen zur Rechtsprechung des StGH

Das Für und Wider einstweiliger Verfügungen des StGH wurde bald nach Verkündung der ersten Entscheidung mit Heftigkeit diskutiert. Die Skala der Ansichten reichte von strikter Ablehnung über begrenzte Zulässigkeit in besonderen Fällen bis zur vorbehaltlosen Zustimmung zur Rechtsprechung des StGH (38).

Die Hauptargumente gegen die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen waren (zusammengefaßt) folgende:

- a) Die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Verfügungen sei lediglich auf Grund einer positiven gesetzlichen Ermächtigung anzuerkennen. Eine analoge Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften verbiete sich wegen der Verschiedenheit der Verfahren (39).
- b) Die Befugnis zur endgültigen Entscheidung enthalte keineswegs auch die zum Erlaß von Provisorien (40).
- c) Eine einstweilige Verfügung des StGH sei keine Rechts-, sondern eine (politische) Zweckmäßigkeitsmaßnahme. Sie stelle einen unmittelbaren

(35) LS III, 331 ff; gegen diese Entscheidung Emig, JW 1931, 761 f

(36) LS III, 238, Nr.41

(37) LS V, 227/228; V, 245/246

(38) Überblick bei Schüle, a.a.O., S.7 ff und Förster, a.a.O., S.18 ff

(39) Löwenthal, RuPrVB1 1930, 748; Hatschek, Deutsches und Preussisches Staatsrecht, 2.Bd., 2.Auflage, Berlin 1930, S.682; Friesenhahn, HDStR, Bd.II, S.544 und RVerwBl 1932, 762; Jahn, JW 1930, 1162

(40) Friesenhahn, RVerwBl 1932, 763; Schüle, a.a.O., S.8; Glum, ZaöRV 1929, 470; Ritter, a.a.O., S.65; Heinsheimer, JW 1926, 378

Eingriff in die Politik und die Exekutivgewalt des Reiches dar, wozu ein Gericht nicht befugt sei (41).

- d) Ein Bedürfnis zum Erlaß einstweiliger Verfügungen bestehe nicht, da der Reichspräsident nach Art.48 WRV eingreifen könne, um den Rechtsfrieden vorläufig herzustellen (42).
- e) Der StGH könne als Gericht nicht entscheiden, welche Regelung im Einzelfall erforderlich, sachgerecht sei (43).
- f) Auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren kenne keine einstweilige Verfügung; daher komme dieses Institut auch im staatsgerichtlichen Verfahren nicht zur Anwendung (44).

Gegenüber diesen Kritikern an der Rechtsprechung des StGH zur einstweiligen Verfügung hat jedoch der überwiegende Teil der Literaturstimmen die Notwendigkeit vorläufiger Maßnahmen des StGH erkannt.

Zur Begründung wurden verschiedene Argumente vorgebracht:

- a) Teilweise wurde die - etwas schwache - Begründung des StGH voll übernommen, daß aus der Befugnis, in der Hauptsache eine Entscheidung treffen zu können (45), auch die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen folge (46).
- b) Die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen wurde auch aus dem bloßen Fehlen eines ausdrücklichen Verbotes gefolgert, weshalb der StGH in der Gestaltung des Verfahrens frei sei (47).

(41) Carl Schmitt, a.a.O., S.32; Friesenhahn, RVerwBl 1932, 764; Häntzschel, AöR NF 20, S.393/394 und ZStW, Bd.91, S.160

(42) Häntzschel, AöR NF 20, 391/392; Jahn, LeipzZ 1933, 743; dagegen Schüle, a.a.O., S.73 f

(43) Jahn, JW 1930, 1162; Häntzschel, AöR NF 20, 397 und ZStW, Bd.91, S.160

(44) Löwenthal, RuPrVBl 1930, 748; Häntzschel, AöR NF 20, S.396

(45) § 22 StGH-Gesetz

(46) Lammers, JW 1926, 376; Koellreutter, Der Konflikt Reich-Thüringen in der Frage der Polizeikostenzuschüsse, AöR NF 20, S.97; Görres, JW 1929, 3361; Merk, Volksbegehren und Volksentscheid, AöR NF 19, S.109; Linz, DJZ 1929, 200; Simons, LS II, S.11

(47) Flad, a.a.O., S.113; Lammers, JW 1926, 376; Glum, ZaöRV 1929, 470; Merk, AöR NF 19, S.109; dagegen näher Schüle, a.a.O., S.9-14

- c) Das Institut der einstweiligen Verfügung wurde ferner als allgemeines Verfahrensinstrument angesehen, das Bestandteil eines jeden gerichtlichen Verfahrens sei (48).
- d) Richtig wurde auch auf den Zweckgedanken der Staatsgerichtsbarkeit, nämlich auf die Sicherung des Rechtsfriedens bis zur abschließenden Erledigung der verfassungsrechtlichen Streitfälle, abgestellt (49).
- e) Heinsheimer (50) versuchte eine Begründung für die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen des StGH mit Hilfe einer völkerrechtlichen Analogie zu geben, indem er wie folgt argumentierte: Für die Gerichtsbarkeit des StGH in zwischenstaatlichen Streitigkeiten seien materiell Grundsätze völkerrechtlicher Art maßgebend. Es sei auf der Grundlage des Völkerrechts nachweisbar, daß die Befugnis zur Entscheidung immer auch mit der Befugnis verknüpft sei, die vorläufigen Anordnungen zu treffen, die zur Aufrechterhaltung des friedlichen Besitzstandes bis zur Entscheidung und zum Zwecke der Verhinderung aller die Entscheidung störenden Zwischenfälle erforderlich seien. Was aber im völkerrechtlichen Verbande gelte, habe um so mehr für zwischenstaatliche Streitigkeiten innerhalb des Reiches in unmittelbarer Analogie zivilrechtlicher Ansprüche zu gelten. Vorläufige Sicherungen verlange im übrigen auch der Friedenszweck, dem alle Gerichtsbarkeit zu dienen habe.
- f) Giese (51) lehnte eine analoge Anwendung der ZPO-Vorschriften ab und trat für ein eigenständiges Institut der einstweiligen Verfügung im staatsgerichtlichen Verfahren zur Ausfüllung der Gesetzeslücke ein.

So manches Problem, das in Anlehnung an die umstrittene Rechtsprechungspraxis des StGH eine Rolle gespielt hat, taucht auch unter der Geltung des Grundgesetzes und des BVerfGG wieder auf und ist auch heute noch von aktueller Bedeutung für die rechtliche Durchdringung der eA nach § 32 BVerfGG.

Nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten wurde die Staatsgerichtsbarkeit in Deutschland einfach eingestellt, ohne daß ein entsprechendes

(48) Simons, HDStR, Bd. II, S. 740; Görres, JW 1929, 3360

(49) Ritter, a.a.O., S. 65; Schüle, a.a.O., S. 45; Flad, a.a.O., S. 113; Jerusalem, a.a.O., S. 185

(50) JW 1926, 378 f; dagegen Schüle, a.a.O., S. 20-23

(51) DJZ 1929, 132

Gesetz ergangen wäre. Sie war überhaupt aus dem deutschen Verfassungsleben ausgeschieden, da sie mit dem "Wesen des völkischen Reiches vollständig unvereinbar" war (52). An die Stelle justizförmiger Methoden zur Befriedung des politischen Lebens in Deutschland traten "die dem Führerprinzip angemessenen politischen Methoden".

Angesichts dieser tatsächlichen Situation konnte auch der einstweiligen Verfügung des StGH in dieser Zeit keine Bedeutung mehr zukommen.

V. DIE GESETZLICHE REGELUNG UNTER DEM GRUNDGESETZ

Das in Erfüllung des verfassungsrechtlichen Normierungsauftrages in Art. 94 Abs. 2 GG erlassene "Gesetz über das Bundesverfassungsgericht" vom 12. März 1951 (53) regelt die eA im II. Teil unter den "Allgemeinen Verfahrensvorschriften".

§ 32 BVerfGG lautet (54):

- (I) Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.
- (II) Die einstweilige Anordnung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Bei besonderer Dringlichkeit kann das Bundesverfassungsgericht davon absehen, den am Verfahren zur Hauptsache Beteiligten, zum Beitritt Berechtigten oder Äußerungsberechtigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- (III) Wird die einstweilige Anordnung durch Beschluß erlassen oder abgelehnt, so kann Widerspruch erhoben werden. Das gilt nicht für den Beschwerdeführer im Verfahren der Verfassungs-

(52) E.R. Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1937/39, S. 356/357; Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1938, S. 181; Lammers, LS VI, S. VII

(53) BGBI. I, 243; geändert durch die Gesetze vom 21. Juli 1956, BGBI. I, 662; vom 26. Juni 1959, BGBI. I, 297; vom 8. September 1961, BGBI. I, 1665 und vom 3. August 1963, BGBI. I, 589

(54) Neufassung durch Änderungsgesetz vom 3. 8. 1963 gesperrt

beschwerde. Über den Widerspruch entscheidet das Bundesverfassungsgericht nach mündlicher Verhandlung. Diese muß binnen zwei Wochen nach dem Eingang der Begründung des Widerspruches stattfinden.

- (IV) Der Widerspruch gegen die einstweilige Anordnung hat keine aufschiebende Wirkung. Das Bundesverfassungsgericht kann die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung aussetzen.
- (V) Die einstweilige Anordnung tritt nach drei Monaten außer Kraft. Sie kann mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen wiederholt werden.

Diese Fassung ist wesentlich beeinflusst von der Rechtsprechung des StGH und den dazu geäußerten Stimmen in der Literatur (55). Darüber hinaus stellt sie einen Kompromiß dar aus den beiden Gesetzesentwürfen für ein Gesetz über das Bundesverfassungsgericht.

Der Entwurf der SPD-Fraktion des Bundestages (56) hatte in § 24 folgende Fassung vorgeschlagen:

- (I) Das Bundesverfassungsgericht kann, um im Streitfall einen Zustand vorläufig zu regeln, für eine drei Monate nicht übersteigende Frist eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn es zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum Wohl der Bundesrepublik Deutschland dringend geboten erscheint.
- (II) Die Entscheidung bedarf einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen.
- (III) Sie kann ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß getroffen werden.
- (IV) Wird die einstweilige Anordnung durch Beschluß erlassen oder abgelehnt, so hat das Bundesverfassungsgericht auf Antrag eines Beteiligten eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und binnen zweier Wochen seit dem Eingang des Antrages darüber zu entscheiden, ob die einstweilige Anordnung erlassen, aufgehoben oder bestätigt

(55) vgl. z.B. Schüle, a.a.O., S.89

(56) Bundestagsdrucksache Nr. I/328

wird. Zu einem Urteil, das die einstweilige Anordnung erläßt oder bestätigt, kann das Bundesverfassungsgericht nur mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen kommen.

- (V) Wird nicht rechtzeitig entschieden, so tritt die einstweilige Anordnung mit Ablauf der Frist außer Kraft. Eine außer Kraft getretene oder aufgehobene einstweilige Anordnung darf nur auf Grund neuer Tatsachen wiederholt werden.
- (VI) Gegen die nach Art. 37 des Grundgesetzes getroffenen Maßnahmen ist keine einstweilige Anordnung zulässig.

Der aus der Feder von Geiger stammende Entwurf der Bundesregierung (57) hatte in § 28 folgende Regelung vorgesehen:

- (I) Das Bundesverfassungsgericht kann in einem anhängigen Verfahren auf Antrag eine einstweilige Anordnung in bezug auf den Streitgegenstand oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes erlassen, wenn dies aus einem wichtigen Grund dringend geboten ist. Vor dem Erlaß der einstweiligen Anordnung sind die Beteiligten zu hören.
- (II) Gegen die einstweilige Anordnung und ihre Ablehnung kann Widerspruch erhoben werden. Über den Widerspruch entscheidet das Bundesverfassungsgericht nach mündlicher Verhandlung. Diese muß binnen zwei Wochen nach dem Eingang der Begründung des Widerspruches stattfinden.
- (III) Der Widerspruch gegen die einstweilige Anordnung hat keine aufschiebende Wirkung. Das Bundesverfassungsgericht kann die Vollziehung der einstweiligen Anordnung aussetzen.

Der heutige § 32 erhielt seine ursprüngliche Fassung in den Beratungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (58).

Die Befugnis zum Erlaß von eAen ist dem BVerfG auch noch in einigen Sonderbestimmungen verliehen worden.

§ 53 BVerfGG lautet:

Das Bundesverfassungsgericht kann nach Erhebung der Anklage durch

(57) Bundestagsdrucksache Nr. I/788

(58) Vorschlag des Rechtsausschusses, Bundestagsdrucksache Nr. I/1724

einstweilige Anordnung bestimmen, daß der Bundespräsident an der Ausübung seines Amtes verhindert ist.

§ 58 Abs.1 BVerfGG verweist für das Verfahren der Richteranklage u.a. auf § 53.

§ 105 Abs.5 BVerfGG lautet:

Nach Einleitung des Verfahrens gemäß Abs.2 kann das Plenum des Bundesverfassungsgerichts den Richter vorläufig seines Amtes entheben. Das gleiche gilt, wenn gegen den Richter wegen eines Verbrechens oder Vergehens das Hauptverfahren eröffnet worden ist. Die vorläufige Enthebung vom Amt bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Gerichts.

Außerhalb des BVerfGG findet sich im Wahlprüfungsgesetz vom 12.März 1951 (59) eine Ermächtigung zum Erlaß einer eA. § 16 dieses Gesetzes bestimmt:

- (I) Stellt der Bundestag fest, daß die Wahl eines Abgeordneten ungültig ist, oder daß ein Abgeordneter die Mitgliedschaft verloren hat, so behält der Abgeordnete seine Rechte und Pflichten bis zur Rechtskraft der Entscheidung.
- (II) Der Bundestag kann jedoch mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder beschließen, daß der Abgeordnete bis zur Rechtskraft der Entscheidung nicht an den Arbeiten des Bundestages teilnehmen kann.
- (III) Wird gegen die gemäß Abs.1 ergangene Entscheidung des Bundestages Beschwerde eingelegt, so kann das Bundesverfassungsgericht auf Antrag des Beschwerdeführers den gemäß Abs.2 ergangenen Beschluß durch einstweilige Anordnung aufheben oder, falls ein solcher Beschluß nicht gefaßt worden ist, auf Antrag einer Minderheit des Bundestages, die wenigstens ein Zehntel seiner Mitglieder umfaßt, eine Anordnung nach Abs.2 treffen.

Das Schwergewicht der vorliegenden Untersuchung liegt auf der Darstellung der im Zusammenhang mit der Regelung des § 32 BVerfGG auftauchenden Probleme. Der knappe Überblick über die daneben in Betracht kommenden Vorschriften an dieser Stelle unter Verzicht auf eine kritische Beleuchtung soll allein den zu untersuchenden Komplex vervollständigen.

Dritter Teil

DIE FUNKTION DER EINSTWEILIGEN ANORDNUNG IM VERFASSUNGSGERICHTLICHEN VERFAHREN

Angesichts der Fülle der bei dem BVerfG konzentrierten Streitigkeiten ist es nicht ganz einfach, gemeinsame Funktionen der verschiedenen denkbaren eAen herauszustellen. So verfolgt etwa eine eA innerhalb eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens (z.B. gegen einen Auslieferungsbefehl) einen völlig anderen rechtspolitischen Zweck als eine eA in einem Bund-Länder-Streit. Je nach der besonderen Situation des Einzelfalles wird daher mehr die eine oder die andere Funktion im Vordergrund stehen.

Unter Berücksichtigung spezieller Unterschiede im Einzelfall kann die eA unter einem dreifachen Gesichtspunkt betrachtet werden, wobei sich die Differenzierung aus dem jeweils zu sichernden Gegenstand ergibt. Eine scharfe Trennung der Ziele wird nicht immer möglich sein, so daß sich diese vielfach überschneiden werden.

Vom Blickpunkt der Beteiligten her gesehen steht im Vordergrund die "Funktion der Friedenssicherung". Sodann kann die eA mehr auf die eigentliche Verfassungsgerichtsbarkeit bezogen sein, was typisch zu einer "Funktion der Entscheidungssicherung" führt. Stellt man schließlich auf die gesamte verfassungsrechtliche Ordnung ab, zu deren Schutz letztlich jede Maßnahme des BVerfG dienen soll, so kann von einer "Funktion der Kontinuitätssicherung" gesprochen werden.

I. DIE FUNKTION DER FRIEDENSSICHERUNG

Aufgabe einer jeden richterlichen Tätigkeit ist es, einen Ausgleich zwischen den einander widerstrebenden Interessen der Beteiligten zu schaffen. Dies gilt zwar in erster Linie für die endgültige Entscheidung, aber in gleichem Umfang auch für provisorische Maßnahmen. Nun sind zwar nicht alle Verfahren vor dem BVerfG als "Parteiprozesse" ausgestaltet. In manchen Fällen (in den sog. objektiven Verfahren) gibt es keinen "Prozeßgegner". Meistens stehen sich aber auch vor dem BVerfG Beteiligte gegenüber, die jeweils den

von ihnen vertretenen Rechtsstandpunkt für den "richtigen" halten. In diesen Fällen soll die eA zu einem "Waffenstillstand" zwischen den Beteiligten bis zum Erlaß der Endentscheidung führen (1). Das BVerfG erläßt in der eA gleichsam einen vorläufigen Friedensbefehl an die Beteiligten, wonach sie "Ruhe zu bewahren" haben, solange die sachliche Entscheidung zur Hauptsache noch nicht feststeht. Somit dient die eA einer Befriedung zwischen den Parteien in dem gemeinsamen Kampf um das Recht (2).

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der Versuch von Schüle, für die Streitigkeiten vor dem StGH für das Deutsche Reich sog. freiwillige "Stillhaltepflichten" der Beteiligten herauszuarbeiten. Nach seiner Ansicht (3) begrenzen zwei Gebote negativen Inhalts die Handlungsfreiheit der vor dem StGH um ihr Recht Kämpfenden: einmal die "Unterlassungspflicht", die "das Äußerste" verhindern soll, zum anderen die "Pflicht zur Zurückhaltung", die es den Parteien verbietet, während des Prozesses Handlungen vorzunehmen, die zwar nicht die zu erwartende Entscheidung in der Hauptsache völlig zu nichte machen, die aber doch darauf abzielen oder geeignet sind, den Streit zu verschärfen und die vorhandene Situation zu erschweren.

Schüle begründet die Existenz derartiger "Parteiverhaltenspflichten" einmal damit, daß sie Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens innerhalb der verfassungsrechtlichen Streitigkeiten seien (4), zum anderen - soweit es sich um Streitigkeiten aus dem bundesstaatlichen Bereich handelt - aus dem Rechtsprinzip der "Bundesfreundlichkeit" (5).

Bestünden derartige "Stillhaltepflichten" der Beteiligten, dann wäre in der Tat das Bedürfnis für eine einstweilige Regelung in vielen Fällen erheblich gemindert (6). Die "Befriedungsfunktion" obläge dann nicht der eA, sondern den Beteiligten selbst, die sich - auch ohne vom Gericht hierzu angehalten zu werden - entsprechend zu verhalten hätten.

Mit Recht hat man der Ansicht Schüles entgegengehalten, sie verkenne die "Heftigkeit" der vor einem Verfassungsgericht auszutragenden Meinungsver-

(1) Geiger, Komm., 2 zu § 32

(2) Jerusalem, a.a.O., S.185

(3) Schüle, a.a.O., S.51

(4) a.a.O., S.55

(5) a.a.O., S.58

(6) Schüle, a.a.O., S.61

verschiedenheit und werde den Gegebenheiten des politischen Kampfes nicht gerecht (7).

Die Beteiligten denken nicht daran, von sich aus auch nur ein kleines Stück ihrer vermeintlich zu Recht bestehenden Rechtsposition freiwillig aufzugeben. Ein allgemeiner Rechtsgedanke des Inhalts, daß die an einem verfassungsgerichtlichen Verfahren Beteiligten das Ziel der friedlichen Streiterledigung nicht vereiteln dürfen, besteht nicht.

Zwar könnten in Bund-Länder-Streitigkeiten die Prinzipien der "Bundestreue" oder des "länderfreundlichen Verhaltens" in gewissem Umfang herangezogen werden (8). Aber auch dann sind die Verhaltenspflichten der Beteiligten ihrem Inhalt nach nicht genügend bestimmt. Ihre "Ausfüllung" obliegt wiederum den Parteien, ein Streit darüber, ob der Gegner die ungeschriebenen Spielregeln eingehalten hat oder nicht, würde seinerseits nach einem gerichtlichen "Machtwort" drängen.

Gerade die Lücke, die dadurch entsteht, daß den Beteiligten eine Verpflichtung zur Zurückhaltung nicht obliegt, soll durch die Möglichkeit des Erlasses von eAen geschlossen werden (9).

II. DIE FUNKTION DER ENTSCHEIDUNGSSICHERUNG

Betrachtet man die eA vorwiegend von der zu sichernden verfassungsgerichtlichen Entscheidung her, so stößt man auf eine typische "Sicherungs-" bzw. "Schutzfunktion" (10).

(7) Fuß, DÖV 1959, 202, FN 9; Gebhardt, a.a.O., S.43

(8) Helfferich, a.a.O., S.104 ff

(9) Das Völkerrecht kennt z.B. Verpflichtungen der Streitparteien durch besondere Vereinbarungen, während der Dauer eines gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahrens den bestehenden Zustand nicht zu verändern. Die Parteien gehen dann eine besondere, von der Anordnung vorläufiger Maßnahmen unabhängige Verpflichtung ein, während der Verfahrensdauer keine Handlungen vorzunehmen, die den Status quo irgendwie berühren könnten (vgl. Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd.II, Basel 1951, S. 645/646). Diese besondere Situation kann nicht auf verfassungsrechtliche Streitigkeiten innerhalb eines Bundesstaates übertragen werden.

(10) Zu einseitig unter diesem Aspekt sieht Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.5, 8, 10 und 46 zu § 32, die Aufgabe der eA.

Die vorläufige Maßnahme soll die verfassungsrechtlich institutionalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit sichern. Die Endentscheidung des Gerichts soll nicht durch die Schaffung vorheriger "vollendeter Tatsachen" überflüssig werden. Letztlich dient die eA unter diesem Aspekt dazu, den in einem Rechtsstaat unbedingt notwendigen Vorrang der Verfassung zu gewährleisten. Sie sorgt dafür, daß die sachliche Entscheidung des Gerichts in vollem Umfang wirksam werden kann (11). Zu diesem Zweck muß sie sicherstellen, daß im Falle der Aufhebung des angegriffenen staatlichen Aktes die Entscheidung des BVerfG vollzogen und bei seinem Bestand der Hoheitsakt selbst auch noch nach Erlaß der Entscheidung des Gerichts durchgeführt werden kann (12).

Die in § 13 BVerfGG aufgezählten Fälle sind der eigenmächtigen Regelung durch die Beteiligten nach den Vorstellungen des Gesetzgebers entzogen. Die dem BVerfG vorbehaltene Rechtsentscheidung soll nicht zugunsten einer "faktischen Lösung" zurückgedrängt und damit aus dem Bereich der rechtlichen Ordnung in den der machtmäßigen Erledigung verwiesen werden (13). Damit soll die eA verhindern, daß einer machtmäßigen faktischen Erledigung der Vorrang vor einer Rechtsentscheidung zukommt, und dient der Zurückdrängung der "normativen Kraft des Faktischen" (14).

III. DIE FUNKTION DER KONTINUITÄTSSICHERUNG

Die eA darf nicht allein im Rahmen des konkreten Falles gesehen werden, wo sie einen Friedensbefehl an die Parteien darstellt und die sachliche Entscheidung sicherstellen soll. Im Hinblick auf die gesamte verfassungsmäßige Ordnung und auf deren ungestörtes "Funktionieren" - einem Hauptanliegen der Verfassungsgerichtsbarkeit - kommt der eA eine besonders wichtige Aufgabe zu. Sie dient insoweit zur Sicherstellung und Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Staatsapparates und aller seiner Organe bis zur Entscheidung in der Hauptsache (15). Damit soll sie einen "Kontinuitäts-

(11) Schlitzberger, JR 1965, 405

(12) Maunz-Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.8 zu § 32

(13) vgl. Antrag der Hessischen Landesregierung auf Erlaß einer eA im Fernsehstreit, veröffentlicht in "Der Fernsehstreit vor dem Bundesverfassungsgericht", herausgegeben von Zehner, 1.Bd., Karlsruhe 1964, S.217

(14) vgl. Schriftsatz der Hessischen Landesregierung im Fernsehstreit vom 19.November 1960, siehe "Fernsehstreit..." (FN 13), S.231

(15) Geiger, Komm., 2 zu § 32

bruch" verhindern und "einer nachteiligen Entwicklung begegnen, die sich daraus ergibt, daß die verfassungsrechtlichen Differenzen zwischen Streitbeteiligten zu Rechtsunsicherheit und Störungen im normalen Ablauf der Staatsfunktionen und des politischen Integrationsprozesses geführt haben" (16).

Als Beispiele bieten sich aus der Rechtsprechung des BVerfG die eAen in den Volksbefragungsstreitigkeiten (17) und im Fernsehstreit (18) an. In den zuerst genannten Fällen könnten nach Ansicht des Gerichts Volksbefragungen auf Grund eines Gesetzes, dessen Rechtsgültigkeit umstritten sei, die Befragten verwirren und möglicherweise das Ergebnis der Befragung verfälschen. Im Fernsehstreit hat das BVerfG ausgeführt, daß eine eA deshalb erforderlich war, um einer Verletzung des bundesstaatlichen Prinzips und der Freiheit der Berichterstattung des Rundfunks zu begegnen. In der Gefahr der Verletzung dieser beiden Prinzipien hat das Gericht eine unmittelbare Bedrohung der Verfassungsordnung des Bundes gesehen.

Die eA soll also unter dieser Zielrichtung verhindern, daß das Staatsleben ohne eine vorläufige Regelung schweren Schaden leiden würde. Dabei soll sie nicht nur dem Schutz von Individualrechten dienen, sondern in erster Linie der Garantie des objektiven Verfassungsrechts. Die Befugnis des BVerfG zum Erlaß von eAen steht unter diesem Gesichtspunkt in unmittelbarem Zusammenhang mit den Aufgaben des "Hüters der Verfassung" im weitesten Sinne.

(16) Fuß, DÖV 1959, 202 (I 2)

(17) E 1, 1; 7, 367; 8, 42

(18) E 12, 36

Vierter Teil

DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR DEN ERLAß EINER EINSTWEILIGEN ANORDNUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

§ 32 Abs.1 BVerfGG enthält die Voraussetzungen, unter denen das Gericht eAen erlassen darf. Die formellen und die materiellen Erlaßvoraussetzungen sind getrennt zu behandeln. Auch das BVerfG unterscheidet zwischen unzulässigen und unbegründeten Anträgen auf Erlaß von eAen (1) (2).

Erstes Kapitel: Die formellen Erfordernisse für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung

Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehören einmal die ausdrücklich im Gesetz normierten Voraussetzungen, nämlich die Entscheidungsbefugnis des Gerichts, das Vorliegen eines "Streitfalles" und (ganz allgemein) die Möglichkeit einer vorläufigen Zustandsregelung, zum anderen als ungeschriebenes Zulässigkeitserfordernis das Rechtsschutzbedürfnis.

I. DIE ENTSCHEIDUNGSBEFUGNIS DES BVerfG

Aus der Formulierung in § 32 Abs.1 BVerfGG "Das BVerfG kann ... regeln..." folgt, daß eine eA nur in Betracht kommt, wenn das Gericht überhaupt befugt ist, sich mit der Angelegenheit zu befassen.

1. Die Zuständigkeit des Gerichts zur Entscheidung in der Hauptsache

a) Der abschließende Zuständigkeitskatalog

Das BVerfG kann nur in den ihm vom GG (in Verbindung mit dem BVerfGG)

(1) Geiger, Komm., 10 zu § 32

(2) E 1,85/86; 2,103/104; 3,34/36; 3,52/55; 3,267/280; 4,110/112/113; 7,367/370/371; 11,306/308; 12,36/39; 15,223/225

oder einem Bundesgesetz ausdrücklich zugewiesenen Fällen tätig werden (3). Wenn es in einer nicht unter den Zuständigkeitskatalog des § 13 BVerfGG fallenden Angelegenheit keine Entscheidung in der Hauptsache treffen kann, dann ist insoweit auch eine eA unzulässig. Das Gericht hat wiederholt ausgesprochen, eine eA könne nur ergehen, wenn es auch zur Entscheidung in der Hauptsache berufen sei (4).

Tatsächlich wird der Anwendungsbereich der eA durch dieses Erfordernis nicht in erheblichem Umfange eingeschränkt. Dem BVerfGG ist nämlich eine umfassende, alle wesentlichen Verfassungsstreitigkeiten erschöpfende Zuständigkeit eingeräumt worden. Die Fälle des § 13 BVerfGG können als "kleine Generalklauseln" bezeichnet werden, so daß kaum verfassungsrechtliche Streitigkeiten denkbar sind, die nicht auf die eine oder andere Weise vor das Gericht gebracht werden können (5).

b) Die generell-abstrakte Zulässigkeit eines Hauptverfahrens

Es stellt sich nun die Frage, ob eine eA nur dann zulässig ist, wenn die Zulässigkeit der Hauptsache bejaht werden kann.

Die Prüfung im Rahmen des Anordnungsverfahrens, ob das BVerfGG zur Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist, betrifft lediglich die abstrakt-generelle Entscheidungsbefugnis in einem "derartigen Verfahren", also die Frage, ob die Hauptsache im Zuständigkeitskatalog des § 13 BVerfGG "untergebracht" werden kann. Es braucht dagegen für die Zulässigkeit einer eA nicht positiv festzustehen, daß die Hauptsache im konkreten Fall tatsächlich zulässig ist (6). Es genügt die Feststellung, hier handelt es sich um ein Normenkontrollverfahren, eine Bund-Länder-Streitigkeit, eine Verfassungsbeschwerde und dgl. Die eA verlagert somit gleichsam den möglichen Prozeßbeginn nach vorn (7).

In diesem Sinne sind auch die Entscheidungen des BVerfGG zu verstehen, wo-

- (3) Art. 93 Abs. 1 und 2 BVerfGG; eine Zuweisung durch einfaches Bundesgesetz ist mit dem Verfassungsbeschwerdeverfahren der §§ 90 ff BVerfGG erfolgt.
- (4) E 7, 367/370; 11, 102/103; 11, 306/308; 11, 329; 12, 36/39/40; 16, 220/226; 16, 236/238
- (5) Geiger, Komm., 2 zu § 13; Hans Schneider, Hoheitsakte, S. 28; Helfferich, a.a.O., S. 6
- (6) E 1, 281/282; 8, 42/44; 12, 36/39; 16, 220/226
- (7) Lechner, Komm., 3b zu § 32 Abs. 1

nach es der Zulässigkeit einer eA nicht entgegenstehe, wenn "zum gegenwärtigen Zeitpunkt" (also zur Zeit der Entscheidung über die eA) die Zulässigkeit des Antrages zur Hauptsache noch nicht feststehe (8).

Das Gericht hat aber eine eA dann als unzulässig angesehen, wenn bereits bei der Entscheidung über einen entsprechenden Antrag positiv die Unzulässigkeit (9) der Hauptsache feststehe (10). Es sollen hier also die Fälle ausscheiden, die der a-limine-Abweisung des § 24 BVerfGG unterlägen, bei denen ein Hauptverfahren jedoch noch nicht anhängig ist (11).

Bemerkenswerterweise hält das Gericht bei Streitigkeiten zwischen Bundesverfassungsorganen oder zwischen dem Bund und einem Land keine der beiden vorgebrachten Rechtsauffassungen für unhaltbar, wobei dies auch hinsichtlich prozessualer Fragen in der Hauptsache gelten soll (12), so daß in diesen Fällen die eA nicht wegen feststehender Unzulässigkeit des Hauptverfahrens unzulässig sein kann.

Damit ergibt sich folgender Grundsatz:

Eine eA ist unzulässig, wenn positiv feststeht, daß das BVerfG zur Entscheidung über die Hauptsache nicht zuständig ist. Der Zulässigkeit einer eA steht jedoch nicht entgegen, daß die Zulässigkeit des Hauptverfahrens noch nicht positiv feststeht (13). Bloße Zweifel an der Zulässigkeit der Hauptsache stehen dem Erlaß einer eA also nicht entgegen (14).

(8) E 1,281/282; 8, 42/44; 12, 36/39; 16, 220/226

(9) oder offensichtliche Unbegründetheit; vgl. dazu unten S. 72 u. 93

(10) E 3,34/36; 7,175/180; 7,367/371; 11,102/103; 16,236/238; vgl. auch bereits StGH, LS II, 175/176

(11) Anderenfalls könnte die Hauptsache bereits nach § 24 BVerfGG verworfen werden, und für eine eA wäre schon deshalb kein Raum.

(12) E 7,367/372; 8,42/44; 12,36/40

(13) a. A. Helfferich, a. a. O., S. 29, wonach die Zulässigkeit der Hauptsache auch Zulässigkeitsvoraussetzung für die eA sein soll.

(14) Nicht festzustehen braucht natürlich, daß die Hauptsache auch materiell begründet ist, da die eA gerade der vorläufigen Sicherung bei materiell noch ungeklärten Verhältnissen dienen soll, vgl. Lechner, Komm., 3 b zu § 32 Abs. 1

c) Das Erfordernis der Justiziabilität der Hauptsache

Schließlich ist das BVerfG zur Entscheidung über eine eA nur dann befugt, wenn die Hauptsache einer rechtlichen Beurteilung durch das Gericht überhaupt zugänglich, "justiziabel" ist.

Das BVerfG ist - auch als Verfassungsorgan - ein echtes Gericht mit rechtssprechender Funktion und als solches an die Normen der Verfassung und der Gesetze gebunden (15), soweit nicht gerade deren Verfassungsmäßigkeit in einem Normenkontrollverfahren zur Entscheidung steht. Wenn daher dem BVerfG ein Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt wird, der außerhalb der gesetzlichen Normen "entschieden" werden muß (etwa durch den Einsatz politischer Machtmittel), oder wenn Hoheitsakte einer Nachprüfung unterzogen werden sollen, die an solchen Normen nicht gemessen werden können, wird das Gericht überfordert. Derartige Streitfälle sind nicht justiziabel (16).

Kann das BVerfG in der Hauptsache mangels Justiziabilität nicht entscheiden, so ist auch eine eA unzulässig, denn die Normbindung des Gerichts gilt für jede Entscheidung, auch für die nur vorläufige (17).

Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Problem der Justiziabilität im verfassungsgerichtlichen Verfahren ist hier nicht angebracht. Die Untersuchung beschränkt sich vielmehr auf die Frage, ob und inwieweit der allgemeine Anwendungsbereich der eA vom Erfordernis der Justiziabilität der Hauptsache her eingeschränkt ist.

Das BVerfG hat im Rahmen einer Anordnungsentscheidung zu diesem Problem bisher lediglich einmal Stellung genommen (18). Es ging dabei um die Frage, ob dem Bundeskanzler und dem Bundesaußenminister durch eine eA aufgegeben werden könne, "bei Unterzeichnung des Generalvertrages zur Ablösung des Besatzungsstatuts und der Zusatzverträge den ausdrücklichen Vorbehalt zu machen, daß diese Verträge nicht in Kraft treten können bzw. die Ratifikationsurkunde deutscherseits nicht hinterlegt werden kann, ehe das BVerfG über die staatsrechtlichen Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Verträge bzw. ihrer Ratifizierung entschieden hat" (19). In dieser Entscheidung äußerte das

(15) v. Mangoldt, a.a.O., 3 zu Art. 92

(16) Holtkotten in BK, II A 1 b zu Art. 93; Hamann, a.a.O., A 4 zu Art. 93.

(17) Helfferich, a.a.O., S. 10.

(18) E 1, 281/282

(19) so der Antrag der antragstellenden Bundestagsmitglieder, vgl. E 1, 281/282 (oben)

BVerfG Zweifel daran, "ob eine eA, die dem verantwortlichen Leiter der Außenpolitik der Bundesrepublik die Abgabe einer Erklärung von bestimmtem, rechtlich erheblichem Inhalt bei der Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrages zur Pflicht machen würde, überhaupt im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit läge und nicht vielmehr als unzulässige Einengung des dem Bundeskanzler hier einzuräumenden politischen Ermessens erachtet werden müsse". Diese Zweifel an der Justiziabilität der beantragten Maßnahme konnte das BVerfG jedoch unentschieden lassen, da jedenfalls die materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer eA nicht gegeben waren (20).

Soll eine eA wegen mangelnder Justiziabilität der Hauptsache unzulässig sein, dann reichen bloße Zweifel in dieser Richtung nicht aus. Es muß vielmehr feststehen, daß das BVerfG nicht entscheiden kann. Doch gilt nach Ansicht des Gerichts auch hier der bereits erwähnte Grundsatz, wonach in einem Verfassungskonflikt zwischen Bundesverfassungsorganen oder zwischen dem Bund und einem Land von der "Unhaltbarkeit" der einen oder anderen Rechtsauffassung, auch hinsichtlich der Frage der Justiziabilität, nicht die Rede sein kann (21).

aa) Ermessensakte

Dem BVerfG ist es verwehrt, Maßnahmen eines Verfassungsorganes oder einer Behörde auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sofern diese im Rahmen des ihnen vom Gesetzgeber ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumten Ermessensspielraumes gehandelt haben (22). Eine "Justizsache" wird ein solcher Fall erst dann, wenn es um die Frage geht, ob das Staatsorgan die Grenzen der ihm eingeräumten Ermessensbefugnis überschritten hat (23).

So hat das BVerfG z.B. ausgesprochen, daß die Frage, ob im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung bestehe, eine solche des pflichtmäßigen Ermessens des Bundesgesetzgebers sei, die ihrer Natur nach nicht justiziabel und daher der Nachprüfung durch das Gericht grundsätzlich entzogen sei. Das BVerfG hat es offen gelassen, ob die Ent-

(20) Dogmatisch sauberer wäre es gewesen, wenn das BVerfG eindeutig Stellung bezogen hätte. Es darf nämlich die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Verfahrens nicht deshalb offen gelassen werden, weil der Antrag ohnehin unbegründet ist; Rosenberg, a.a.O., S.429

(21) insbesondere E 7, 367/371; ferner E 8, 42/44; 12, 36/40

(22) Helfferich, a.a.O., S.10

(23) vgl. die Regelung in § 114 VwGO

scheidung nachzuprüfen wäre, falls der Bundesgesetzgeber die seinem Ermessen gesetzten Grenzen verkannt oder dieses Ermessen mißachtet hätte (24).

Im Rahmen einer Normenkontrolle hält sich das Gericht z.B. nur für befugt, die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit einer angegriffenen Norm nachzuprüfen (25).

Wo also anderen Staatsorganen ein Ermessensbereich eingeräumt ist, ist die Entscheidungsbefugnis des BVerfG nicht völlig ausgeschlossen, sondern begrenzt auf die "Rechtsfrage", ob die Grenzen des Ermessens eingehalten worden sind.

bb) "Justizfreie Hoheitsakte" im eigentlichen Sinn

Neben den "Ermessensakten" gibt es noch den Bereich jener "justizfreien Hoheitsakte" im engeren Sinne, also der Akte etwa der politischen Entscheidungen von Verfassungsorganen, die nicht am Maßstab einer Norm gemessen werden können. Der Kreis dieser Akte kann nur ganz eng begrenzt sein (26).

Hierunter fallen nur solche Akte der Legislative und Exekutive, die in einem Raume des unbeschränkt (27) freien Ermessens erfolgen (28). Dies trifft etwa auf Maßnahmen auf dem Gebiet der auswärtigen Gewalt zu (29) oder bei Maßnahmen zur Übertragung oder Übernahme von Verwaltungsaufgaben (30).

Hans Schneider (31) nennt als Beispiele für weitere Fälle von nichtjustiziablen "Regierungsakten" die Artt. 81, 84 Abs.5 und 85 Abs.3 GG ("wenn die Bundesregierung den Fall für dringlich erachtet"), Art.81 Abs.2 GG (ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz ist für die Bundesregierung "unannehmbar"), Art.112 GG ("unvorhergesehenes und unabweisbares Bedürfnis") sowie Art.113 GG.

(24) E 2, 213/224/225; 4, 115/127; vgl. auch E 1, 264/272/273 und 1, 283/293

(25) z.B. E 1, 14/32; dagegen Hamann, a.a.O., A 4 zu Art.93

(26) Dürig in Maunz-Dürig, a.a.O., Rdz. 23/24 zu Art.19 IV leugnet überhaupt die Existenz derartiger Hoheitsakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Soweit die Tatbestandsmerkmale dieser Verfassungsnorm vorlägen, seien auch "Regierungsakte" justiziabel.

(27) also auch nicht an bestimmte Grenzen gebundenen

(28) Hamann, a.a.O., A 4 zu Art.93

(29) vgl. Art.24 Abs.1 und 2; Art.32 Abs.3 GG

(30) Art.89 Abs.2 Satz 3; Art.90 Abs.3 GG

(31) Hoheitsakte, S.33

Beispiele für "parlamentarische Akte", die jeden gerichtlichen Erörterungen entzogen sind, sieht Hans Schneider (32) u.a. in den Beschlüssen der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse (Art.44 Abs.5 GG) (33).

Bei diesen "echten" justizfreien Hoheitsakten ist das BVerfH auf die Prüfung beschränkt, ob diese Entscheidungen von den zuständigen Organen und in gehöriger Form erlassen sind (34). Dem Gericht ist es dagegen nicht gestattet, in den allein der politischen Führung überlassenen Bereich kontrollierend einzugreifen.

Da der Kreis der echten justizfreien Hoheitsakte eng begrenzt ist und nur die Fälle erfaßt, die einer Nachprüfung durch das BVerfG völlig entzogen sind, wird der Anwendungsbereich der eA durch das Erfordernis der Justiziabilität der Hauptsache ebenfalls nicht in erheblichem Umfange eingeschränkt.

2. Die Zulässigkeit der eA nach Maßgabe der verschiedenen Verfahren

- Allgemeines -

Wenn feststeht, daß das BVerfG zur Entscheidung über die Hauptsache berufen ist, so ist damit noch nichts darüber ausgesagt, ob das Gericht in der konkreten Verfahrensart auch tatsächlich eine eA erlassen kann. Es müßte daher jetzt untersucht werden, ob eine vorläufige Regelung mit jedem in die Entscheidungsbefugnis des Gerichts fallenden Verfahren vereinbar ist. Dabei könnte sich herausstellen, daß die eine oder andere Verfahrensart ihrem Wesen nach eine vorläufige Regelung ausschließe.

Der Gesetzgeber hat die eA im II. Teil des Gesetzes unter dem Titel "Allgemeine Verfahrensvorschriften" geregelt. Die im III. Teil folgenden "Besonderen Verfahrensvorschriften" enthalten darüber hinaus keine Regelungen oder Ergänzungen über den Erlaß einer eA (35).

(32) a.a.O., S.34

(33) vgl. ferner die Zusammenstellung der "gerichtsfreien Staatsakte" bei Hans Schneider, a.a.O., S.47 und v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S.576 f sowie die Hinweise bei Rumpf, Regierungsakte im Rechtsstaat, Bonn 1955, mit Beispielen für "actes de Gouvernement" aus dem französischen (S.40 f) und für "acts of State" aus dem englischen Recht (S.96 ff).

(34) Hans Schneider, a.a.O., S.34

(35) abgesehen von den Sonderfällen der §§ 53, 58 Abs.1 und 105 Abs.5 BVerfGG

Das BVerfG hat an dem Charakter des § 32 BVerfGG als einer - aus der Stellung im Gesetz folgenden - für alle denkbaren Verfahrensarten geltenden Norm keinen Zweifel gelassen (36). Zwingend wäre ein solcher Schluß allein aus der Stellung im Gesetz auf die allgemeine Geltung des § 32 BVerfGG jedoch lediglich dann, wenn die eA ein "Weniger" gegenüber der endgültigen Entscheidung, also eine Art "vorläufige Hauptentscheidung" wäre (37) (38).

An dieser Stelle mag die Feststellung genügen, daß nach dem Gesetz und nach der bisherigen Rechtsprechungspraxis des Gerichts der Erlaß von eAen in allen zur Zuständigkeit des BVerfG gehörenden Verfahrensarten möglich ist. Auf Grund der Stellung des § 32 BVerfGG besteht eine Art "Vermutung" für die Zulässigkeit von eAen in allen im III. Teil geregelten "Besonderen Verfahrensarten". Ob diese Vermutung im Einzelfall "erschüttert" werden kann und welche Besonderheiten in den einzelnen Verfahrensarten möglich sind, wird Gegenstand einer späteren Untersuchung sein (39).

3. Einstweilige Anordnungen innerhalb und außerhalb anhängigen Hauptverfahren

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob eine eA nur dann ergehen kann, wenn ein Verfahren zur Hauptsache bereits beim BVerfG anhängig ist, oder ob eine vorläufige Zustandsregelung auch außerhalb eines anhängigen Verfahrens möglich ist.

Nach dem Wortlaut des § 32 Abs. 1 BVerfGG wird ein anhängiges Verfahren jedenfalls nicht ausdrücklich gefordert.

§ 28 des Regierungsentwurfes (40) hatte vorgesehen, dem Bundesverfassungsgericht nur "in einem anhängigen Verfahren" die Möglichkeit zum Erlaß von eAen einzuräumen. In den Beratungen im Rechtsausschuß des Bundestages ist dieses Erfordernis fallen gelassen worden. Hieraus folgt, daß der Gesetzgeber jedenfalls keine Beschränkung der eAen auf bereits anhängigen Verfahren beabsichtigt hat (41).

(36) E 1, 1/74/75; 1, 85/86; 1, 281/282; 12, 36/39; vgl. ferner Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 2 zu § 32; Fuß, DÖV 1959, 201

(37) Helfferich, a.a.O., S. 15

(38) Auf das Verhältnis zwischen eA und Hauptentscheidung wird noch einzugehen sein, vgl. unten S. 90

(39) siehe unten S. 110 ff

(40) Bundestagsdrucksache Nr. IV/788

(41) so auch Geiger, Komm., 4 zu § 32; Lechner, Komm., 3b zu § 32 Abs. 1

Auch das BVerfG ist der Ansicht, daß eAen außerhalb anhängiger Verfahren zulässig sind, sofern die Streitigkeiten nur vor das BVerfG gebracht werden können (42). Damit ist dem Gericht also keine weitere selbständige Entscheidungskompetenz eingeräumt (43):

Zweifelhaft könnte es wegen des Fehlens einer entsprechenden Vorschrift sein, ob im Anordnungsverfahren eine analoge Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 926 mit § 936 ZPO angebracht ist, wonach das BVerfG auf Antrag anordnen könnte, daß der eine eA außerhalb eines anhängigen Verfahrens Begehrende binnen einer (wegen der Eilbedürftigkeit kurz) zu bemessenden Frist auch ein Verfahren in der Hauptsache anhängig zu machen habe (44).

Gegen eine derartige Fristsetzung könnte sprechen, daß jede eA ohnehin automatisch nach drei Monaten außer Kraft tritt (45), und somit der Antragsteller in seinem eigenen Interesse für eine alsbaldige Durchführung des Hauptverfahrens sorgen wird.

Jedoch ist zu berücksichtigen, daß das Ziel der Tätigkeit des BVerfG niemals eine nur einstweilige Regelung sein kann, sondern stets auf die Klärung einer bestimmten verfassungsrechtlichen Streitfrage gerichtet ist. Es ginge nicht an, daß etwa ein Antragsteller mit Erfolg eine eA begehrt, dann aber das Verfahren zur Hauptsache nicht weiter betreibt, gleichsam "hängen läßt", bis die eA durch Zeitablauf außer Kraft tritt. Möglicherweise hat er dann bereits sein Ziel erreicht, etwa eine Abstimmung oder Wahl gerade zu dem vorgesehenen Zeitpunkt zu verhindern.

Es muß daher ausgeschlossen sein, nach Erlaß einer eA die umstrittene Rechtsfrage der endgültigen Sachentscheidung durch das BVerfG einfach dadurch entziehen zu können, daß das Hauptsachenverfahren nicht anhängig gemacht wird (46). Das Gericht muß also - auch ohne entsprechenden Antrag eines

(42) E 3, 267/277; 11, 339/342; 16, 236/238; zustimmend Friesenhahn, Verf.-Ger., S.190; Pfeiffer, a.a.O., S.279; Spanner, DÖV 1963, 650; Schlitzberger, JR 1965, 404

(43) Maunz-Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.3 zu § 32

(44) Lechner, Komm., 3b zu § 32 Abs.1 und Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 29 zu § 32 bejahen die Möglichkeit einer solchen Fristsetzung.

(45) § 32 Abs.5 Satz 1 BVerfGG

(46) Es soll hier nicht untersucht werden, ob die - noch nicht abschließend geklärte - Möglichkeit besteht, daß sich die Beteiligten - auch nach Erlaß einer eA - vor dem BVerfG "vergleichen" oder übereinstimmend den Streit "für erledigt erklären"; vgl. Friesenhahn, Verf.-Ger., S.186/187 sowie Zuck, Die Erledigung des Rechtsstreit im Verfassungsbeschwerdeverfahren, ZJP 1965, 323 ff

Beteiligten - bei Erlass einer eA außerhalb eines anhängigen Verfahrens dem Antragsteller eine Frist zur Anhängigmachung der Hauptsache setzen können.

4. Antragserfordernis und eA von Amts wegen

Ein Verfahren in der Hauptsache kann nur durch einen entsprechenden Antrag eines Beteiligten in Gang gebracht werden (47). Dem Gericht steht keine Eigeninitiative zu. Fraglich ist, ob dies auch für den Erlass einer eA gilt.

Die Berechtigung, den Erlass einer eA zu beantragen, hat sich nach der im Hauptverfahren zu richten, die unter den "Besonderen Verfahrensvorschriften" des III. Teils des BVerfGG geregelt ist (48).

Bejaht man die grundsätzliche Befugnis des Gerichts, von Amts wegen eAen zu erlassen, so stellt sich die weitere Frage, ob diese Befugnis mit der Möglichkeit, vorläufige Maßnahmen auch außerhalb anhängiger Verfahren zu erlassen, "gekoppelt" werden kann.

Nach dem Wortlaut des § 32 BVerfGG (49) müßten beide Möglichkeiten, also Initiativbefugnis der Beteiligten wie des Gerichtes, ins Auge gefaßt werden.

Die Entstehungsgeschichte zeigt, daß die in § 28 Abs.1 des Regierungsentwurfes (50) vorgesehenen Worte "auf Antrag" - ebenso wie "in einem anhängigen Verfahren" - ersatzlos gestrichen worden sind. Hieraus könnte man schließen, daß eAen ebenso von Amts wegen wie außerhalb anhängiger Verfahren ergehen können.

Das BVerfG hat an mehreren Stellen ausgesprochen, daß eAen nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen erlassen werden können (51). Jedoch ist bisher noch keine eA von Amts wegen außerhalb eines anhängigen Verfahrens ergangen. Diese beiden Befugnisse hat das Gericht jeweils nur getrennt für sich in Anspruch genommen.

(47) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.182; Lechner, Komm., Vorbem. B II 1 vor § 17

(48) Das Gericht hat in zwei Fällen (E 11, 339/342 und 16, 236/237) die im Rahmen von Normenkontrollverfahren gestellten (daher an sich unzulässigen) Anträge einzelner Bürger auf Erlass einer eA "umgedeutet" in entsprechende Anträge vor Anhängigkeit von dem Rechtsschutzbegehren der Antragsteller allein entsprechenden Verfassungsbeschwerden

(49) "Das Bundesverfassungsgericht kann ... erlassen"

(50) Bundestagsdrucksache Nr.I/788

(51) E 1, 74/75; 1, 281/283; 1, 349; 15, 77/79

Vorbehaltlos bejaht Geiger (52) eine solche "gekoppelte" Befugnis: Sie widerspreche nicht dem GG, das in seinem Art. 94 Abs. 2 die Regelung des Verfahrens vor dem BVerfG dem Bundesgesetzgeber überlassen habe. Die Notwendigkeit eines Antrages könne man auch nicht damit begründen, daß keines der im Gesetz vorgesehenen Verfahren vom BVerfG von Amts wegen eingeleitet werden könne, da die eA gerade außerhalb eines Verfahrens ergehen könne. Geiger verkennt nicht, daß damit dem BVerfG eine Möglichkeit gegeben werde, in kritischen Situationen aus seiner Reserve hervorzutreten und entscheidend in den politischen Machtkampf einzugreifen mit dem Anspruch, das Recht zu wahren. Solange daher die Rücksicht auf das Gemeinwohl es noch zulasse, daß ein Antrag abgewartet werde, dürfe eine eA von Amts wegen nicht ergehen. Die Initiative des Gerichts sei aber in den extremen Fällen der Funktionsunfähigkeit der am konkreten Streitverfahren Beteiligten oder ihres Einverständnisses, daß das BVerfG aus dem Spiel gelassen und der Streit der Rechtskontrolle entzogen werden solle, unentbehrlich.

Lechner (53) fordert für eine eA von Amts wegen in jedem Fall ein "dringendes öffentliches Interesse".

Ohne eigene Stellungnahme billigt Pfeiffer (54) den Erlaß von eAen von Amts wegen.

Dagegen wollen Friesenhahn (55), Klein (56) und Schlitzberger (57) eine eA von Amts wegen nur zulassen, wenn bereits ein Hauptverfahren anhängig ist.

Fuß (58) erblickt - wie Geiger - in der Möglichkeit zum Erlaß von eAen von Amts wegen einen "nicht unbedenklichen Ansatzpunkt für die möglicherweise einmal aktuell werdende Tendenz, das BVerfG aus seiner lediglich hemmend-kontrollierenden Funktion heraustreten und (politische) Eigeninitiative ergreifen zu lassen". Das BVerfG dürfe aber niemals der Versuchung nachgeben, ein aktiver Faktor des politischen Machtkampfes zu werden, da ein solches Vorgehen weder mit dem materiellen Verfassungsrecht noch mit den

(52) Komm., 5 zu § 32

(53) Komm., 3 c zu § 32 Abs. 1

(54) a.a.O., S. 283, Anm. 8

(55) Verf.-Ger., S. 190

(56) BVerfGG-Komm., Rdz. 3 und 11 zu § 32

(57) JR 1965, 404

(58) DÖV 1959, 203; zustimmend Wolf, DVBl 1966, 884/888

verfassungsgerichtlichen Verfahrensregeln zu vereinbaren wäre. Fuß meldet dabei Zweifel an, ob der einfache Gesetzgeber insoweit den Normierungsauftrag des GG verfassungskonform ausgeführt habe (59). Zumindest seien eAen von Amts wegen - insbesondere außerhalb anhängiger Verfahren - nur in "extremen Ausnahmefällen" zulässig; dabei bedürfe die in einem solchen Fall naheliegende Vermutung, daß das Gericht den Bereich des "Justiziablen" verlasse, jeweils sorgfältigster Widerlegung.

Helfferrich (60) meint, die Koppelung "eAen von Amts wegen außerhalb anhängiger Verfahren" würde eine derart außergewöhnliche Befugnis des BVerfG bedeuten, daß sie einer besonderen gesetzlichen Normierung bedurft hätte. Aus dem Schweigen des Gesetzes allein könne diese Befugnis nicht hergeleitet werden, die im Ergebnis nahezu verfassungspolizeilichen Charakter habe.

Grundsätzlich lehnt Spanner (61) eAen von Amts wegen deshalb ab, "weil das BVerfG in den politischen Machtkampf nicht von sich aus eingreifen soll und darf". Dies ginge über die richterliche Aufgabe hinaus (62).

Es ist nicht zu übersehen, daß dem BVerfG mit der Möglichkeit, eAen von Amts wegen außerhalb anhängiger Verfahren zu erlassen, eine erhebliche Machtfülle eingeräumt würde. Andererseits könnte aber das Gericht in bestimmten Fällen eine derartige weitreichende Befugnis benötigen, will es seiner ihm vom GG zugedachten Aufgabe gerecht werden.

Die Unklarheit in der Formulierung des § 32 Abs.1 BVerfGG erklärt sich daraus, daß die beiden in dem Regierungsentwurf vorgesehenen Voraussetzungen "in einem anhängigen Verfahren" und "auf Antrag" ersatzlos gestrichen worden sind. Dies ist zu Recht erfolgt, da die vorgesehene Fassung zu eng gewesen wäre. Jedoch hat der Rechtsausschuß des Bundestages wohl kaum mit der Notwendigkeit gerechnet, daß das BVerfG einmal außerhalb eines anhängigen Verfahrens eine eA von Amts wegen erlassen müsse. In der Tat ist ein derartiger Fall bisher auch noch nicht akut geworden.

Der Grundsatz, daß das BVerfG nie von sich aus die Initiative zur Einleitung

(59) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 11 zu § 32, hält diese Zweifel für "sehr schwerwiegend".

(60) a.a.O., S.20

(61) DÖV 1963, 651

(62) Spanner will lediglich "im Zusammenhang mit dem Schutz der Einrichtung, des Verfahrens und der Zuständigkeiten des BVerfG selbst" eine Ausnahme zulassen.

eines Verfahrens ergreifen darf, braucht jedoch auch im Rahmen der eA nicht durchbrochen zu werden.

Anlaß zum Tätigwerden des BVerfG gibt stets ein ihm vorgetragener Lebenssachverhalt. Das hat das BVerfG mit allen anderen Gerichten der fünf "Säulen der Gerichtsbarkeit" in Art. 96 Abs. 1 GG gemeinsam. Das Gericht darf niemals in der Hauptsache von sich aus initiativ werden; es muß warten, bis es angerufen wird. Dem Gericht kommt also keineswegs ein "Monopol" zu, Verfassungskonflikte und -streitfragen von Amts wegen zu bereinigen (63). Es soll lediglich eine rechtliche Kontrolle ausüben, darf aber kein aktiver Faktor im politischen Kräftespiel werden, will es sich nicht der Gefahr aussetzen, seine richterliche Unabhängigkeit zu verlieren.

Ein "Streitfall" kann in doppelter Weise beim BVerfG anhängig werden: Entweder dadurch, daß ein Verfahren zur Hauptsache in einem der in § 13 BVerfGG aufgezählten Fällen anhängig gemacht wird oder dadurch, daß - vor Anhängigsein eines derartigen Verfahrens - ein Antrag auf Erlaß einer eA gestellt wird.

In jedem Fall ist also erforderlich, daß von außen der "Anstoß" zum Tätigwerden des BVerfG gegeben wird. Daher kann man von einem "Anstoßgrundsatz" sprechen, von dem das Gericht in aller Regel - will es nicht die ihm gesetzten Grenzen überschreiten - nicht abweichen soll und darf. Auch wenn daher der Gesetzgeber aus dem Regierungsentwurf zum BVerfGG die Worte "in einem anhängigen Verfahren auf Antrag" ersatzlos gestrichen hat, so darf daraus nicht geschlossen werden, er habe damit auf den "Anstoß" von außen völlig verzichten wollen. Eine solch ungewöhnliche Ausnahme von einem das gesamte Verfahrensrecht beherrschenden Grundsatz hätte einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung bedurft.

Würde das Gericht gegen den Willen aller Beteiligten eine eA von Amts wegen außerhalb eines anhängigen Hauptverfahrens erlassen, so müßte es selbst den Gegenstand des Anordnungsverfahrens bestimmen (64), weil dieser weder durch ein Hauptverfahren noch durch einen bestimmten Antrag umrissen wäre. Besonders bedenklich wäre eine solche Eigeninitiative des BVerfG in dem Bereich der "hochpolitischen" Streitigkeiten. Den insoweit geäußerten Bedenken (65) muß man sich vollinhaltlich anschließen.

(63) Wolf, DVBl 1966, 884/886

(64) Helfferich, a.a.O., S.19

(65) Geiger, Komm., 5 zu § 32; Fuß, DÖV 1959, 203 (II 2); Helfferich, a.a.O., S.19, 20

Folgt man dagegen auch innerhalb des Anordnungsverfahrens dem Anstoßprinzip, so müssen auch die Zweifel an der Verfassungskonformität des § 32 BVerfGG (66) schwinden.

Innerhalb eines anhängigen Verfahrens können eAen des BVerfG also auf Antrag wie auch von Amts wegen ergehen. Außerhalb eines anhängigen Verfahrens sind dagegen eAen grundsätzlich nur auf ausdrücklichen Antrag eines Beteiligten, nicht dagegen von Amts wegen möglich.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht unter besonderen Umständen Ausnahmen von diesem Grundsatz angebracht sind.

Selbst Spanner (67), der eAen von Amts wegen grundsätzlich ablehnt, läßt sie - sogar außerhalb anhängiger Verfahren - dann zu, wenn sie erforderlich sind, um das BVerfG vor Angriffen gegen seine eigene Existenz zu schützen.

Fuß (68) will "in extremen Ausnahmefällen" derartige eAen zulassen.

Solche Ausnahmefälle können insbesondere in Notstandssituationen von Bedeutung sein (69) (70), weil es hier bei einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle meist darum gehen wird, rasch wirksame Maßnahmen zu treffen.

Spanner (71) weist mit Recht darauf hin, daß auch unter dem Gesichtspunkt des Notstandsrechtes eine derartige "übermächtige" Befugnis des BVerfG nicht zu verantworten sei, weil man sinnvollerweise nicht auf der einen Seite ein eine Stärkung der Exekutive notwendig mit sich bringendes Notrecht schaffen, dieses aber auf der anderen Seite durch eine Erweiterung der Kontrollmöglichkeiten wieder wirkungslos machen könne. Auch würde die Erweiterung der Befugnisse des BVerfG dazu führen, das Gericht mit der ganzen Verantwortung für die Notstandsmaßnahmen zu belasten.

(66) Fuß, DÖV 1959, 203; Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.11 zu § 32

(67) DÖV 1963, 651

(68) DÖV 1959, 203; ebenso Lechner, Komm., 2 b zu § 32 Abs.1; Geiger, Komm., 5 zu § 32; Knöpfle, BayrVerwBl 1965, 73/77

(69) und zwar bei allen drei möglichen Notstandsfällen; bei der Funktionsstörung von Verfassungsorganen, beim äußeren und beim inneren Notstand, vgl. dazu Maunz, Staatsrecht, S.184

(70) Art. 115 e Abs.1 des "Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes" (Notstandsgesetz) der Bundesregierung erkannte ausdrücklich an, daß Änderungen des BVerfGG durch Notstandsnormen nicht erfolgen dürfen, soweit sie u.a. die Befugnis des Gerichts zum Erlaß von eAen betreffen; vgl. Bundestagsdrucksache Nr.IV/891 vom 11.Januar 1963, S.7

(71) DÖV 1963, 651

Die Frage nach möglichen Ausnahmen vom Anstoßgrundsatz muß von der Aufgabe des BVerfG als des Hüters der Verfassung her beantwortet werden. Das Gericht soll die verfassungsmäßige Ordnung gegen verfassungsfeindliche Einflüsse wirksam schützen. Zu einem effektvollen Schutz gehören auch die entsprechenden effektiven Mittel. In Grenzsituationen, deren Voraussetzungen möglicherweise im voraus nicht näher umschrieben werden können, muß der Schutz der Verfassung vertrauensvoll in die Hände der Richter des BVerfG gelegt werden, wobei die Erwartung mitspielt, daß er in solchen Situationen dort "noch am besten aufgehoben" ist.

Als Beispiel für solche Ausnahmesituationen könnte man sich mit Spanner (72) die Notwendigkeit des Schutzes von Einrichtung, Verfahren und Zuständigkeit des BVerfG selbst vorstellen, daneben auch Angriffe auf die in Art. 79 Abs. 3 GG als unantastbar und unabänderbar bezeichneten Verfassungsprinzipien usw. Vom strengen rechtsstaatlichen Standpunkt aus mögen derartige Erwägungen bedenklich sein. Aber sie werden ohnehin nur dann akut, wenn der Rechtsstaat "auf dem Spiele steht". Wer sonst als das BVerfG könnte dann "das Äußerste" verhindern? Letztlich müssen Zweifel an der Effektivität solcher Maßnahmen des Gerichts bestehen bleiben. Bei einem ernsthaften Angriff auf die verfassungsmäßige Ordnung darf jedoch das BVerfG nichts unversucht lassen, um zu retten, was noch zu retten ist. Die Befugnis zum Erlaß von eAen von Amts wegen außerhalb anhängiger Verfahren könnte dem Gericht hierbei von Nutzen sein.

II. DAS VORLIEGEN EINES STREITFALLES

Der Erlaß einer eA kann nur "im Streitfall" in Betracht kommen. Dieser sonst in den Verfahrensgesetzen nicht gebräuchliche Begriff bedarf zunächst einer Klärung.

Würde man unter einem Streitfall nur einen echten Streit über Rechte und Pflichten mehrerer Beteiligten sehen, so wäre diese Auslegung zu eng (73).

-
- (72) DÖV 1963, 651; weitere Beispiele bei Knöpfle, BayrVerwBl 1965, 73/77: Gesetzgeber oder Regierung handeln im Zuge einer "Machtprobe" einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung zuwider, ein oberstes Staatsorgan bringt evidente Eingriffe in seine Zuständigkeiten nicht vor das BVerfG oder oberste Staatsorgane wirken zum Zwecke der Verfassungsverletzung zusammen. /men.
- (73) Helfferich, a.a.O., S. 42

Eine eA könnte dann nämlich nur im Rahmen von "echten Parteistreitigkeiten" ergehen, also etwa in den Fällen der Artt. 93 Abs.1 Nr.1, 3 und 4 sowie 84 Abs.4 Nr.2 GG.

Das BVerfG hat bisher den Begriff des Streitfalles noch nicht näher umschrieben. Es hat allerdings noch in keinem Verfahren den Antrag auf Erlaß einer eA deshalb für unzulässig gehalten, weil hier kein Streitfall denkbar wäre, vielmehr diesen Begriff weit ausgedehnt und eine eA nicht nur in Parteistreitigkeiten wie in Bund-Länder-Streitigkeiten (74), sondern auch in Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (75), im Parteiverbotsverfahren (76) und insbesondere im Verfassungsbeschwerdeverfahren (77) für zulässig erachtet.

Zur Verfassungsbeschwerde hat das Gericht ausgeführt (78), dieses Verfahren sei zwar kein Rechtsstreit im herkömmlichen Sinne, in dem zwischen zwei Parteien um geltend gemachtes und bestrittenes Recht gestritten werde. Nach Wortlaut und Sinn setze aber § 32 BVerfGG einen derartigen Rechtsstreit nicht voraus. Der Begriff des Streitfalls gehe über den der Rechtsstreitigkeit hinaus.

Geiger (79) ist der Ansicht, daß ein Streitfall vorliege, "sobald ein Streit (eine Meinungsverschiedenheit) entstanden ist". Diese Auffassung ist insofern zu weit, als eine bloße Meinungsverschiedenheit für die Zulässigkeit einer vorläufigen Regelung eines Zustandes genügen soll. Sicherlich kann auch eine "Meinungsverschiedenheit"(etwa zwischen obersten Staatsorganen) schwerwiegende Folgen haben. Sie muß sich aber doch zu einem Streitfall verdichtet haben, d.h. es muß die nahe Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit bestehen, daß die Meinungsverschiedenheit vor dem BVerfG "ausgefochten" werden wird, wozu die Beteiligten zu erkennen geben müssen, daß sie die Entscheidung des Gerichts herbeiführen wollen.

Kein Streitfall in diesem Sinne liegt vor, wenn alle Beteiligten bewußt - etwa aus politischen Erwägungen heraus - das BVerfG aus dem Streit heraushalten wollen. Es ist z.B. der Fall denkbar, daß im Zuge des Ringens um die Regierungsneubildung nach der Wahl zum Bundestag zwischen dem Bundespräsidenten und dem Bundeskanzlerkandidaten Meinungsdivergenzen auftreten über

(74) seit E 1, 1 ff und 3, 52 ff

(75) seit E 1, 85 ff

(76) E 1, 349 ff

(77) seit E 1, 74 ff

(78) E 1, 74/75

(79) Komm., 4 zu § 32

den Umfang der dem Bundespräsidenten zukommenden Befugnis, einen ihm nicht genehmen Ministerkandidaten nicht zu ernennen, beide "Kontrahenten" aber aus politischen Gründen (Furcht vor Prestigeverlust einerseits, Gefahr einer Schwächung der Kanzlerstellung andererseits) darin einig gehen, keine Entscheidung des BVerfG in dieser Frage herbeiführen zu wollen. Das Gericht könnte, obwohl sicherlich eine Meinungsverschiedenheit im Sinne von Geiger (80) gegeben ist, nicht von sich aus durch eA dem Bundespräsidenten vorläufig die Ernennung oder Nichternennung vorschreiben (81).

Ob im Einzelfall ein Streitfall gegeben ist, richtet sich nach der Art der konkreten Streitigkeit (82). So hat das Gericht in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren (83), in dem beantragt war, die weitere gesetzgeberische Behandlung des Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiet des Notarrechts durch eA zu unterbrechen, ausgeführt: Der Beschwerdeführer könne, solange ein Gesetz noch nicht verkündet sei, nicht geltend machen, in einem seiner Grundrechte unmittelbar verletzt zu sein. Solange die Voraussetzungen für die Erhebung der Verfassungsbeschwerde fehlten, liege kein Streitfall vor.

Helfferrich (84) mißt dem Begriff "Streitfall" in § 32 Abs.1 BVerfGG keine eigenständige Bedeutung zu und meint, es sollte auf dieses Merkmal im Gesetzstext ganz verzichtet werden, um Zweifel auszuschließen. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber ging wohl von einer bestimmten Vorstellung aus, als er anstelle der im Regierungsentwurf (85) vorgesehenen Formulierung "in einem anhängigen Verfahren" die in § 24 des SPD-Entwurfes (86) vorgeschlagene Fassung "im Streitfall" übernahm (87). Offensichtlich sollte mit dieser Formulierung eine Abgrenzung zur bloßen "Meinungsverschiedenheit" und zum "Zweifel", abererseits aber auch eine Erweiterung gegenüber dem

(80) Komm., 4 zu § 32

(81) Insoweit ist der Begriff Streitfall auch ein Regulativ für das Tätigwerden des BVerfG von Amts wegen

(82) Lechner, Komm., 3 a zu § 32 Abs.1

(83) E 11, 339/342

(84) a.a.O., S.45

(85) § 28; Bundestagsdrucksache Nr.I/788

(86) Bundestagsdrucksache Nr.I/328

(87) Der SPD-Entwurf war wohl von § 22 des Hessischen "Gesetzes über den Staatsgerichtshof" vom 12.Dezember 1947 (GVBl 1948, 3) beeinflusst, wo ebenfalls von einem "Streitfall" die Rede ist.

Begriff des Rechtsstreits im überkommenen Sinne vorgenommen werden. Daher ist der Begriff "Streitfall" im Gesetzestext nicht überflüssig.

III. ERFORDERNIS UND MÖGLICHKEIT EINER VORLÄUFIGEN ZUSTANDS- REGELUNG

Die letzte ausdrücklich genannte Zulässigkeitsvoraussetzung für den Erlass von eAen könnte sich aus der Formulierung in § 32 Abs.1 BVerfGG "kann ... einen Zustand vorläufig regeln" ergeben.

Wenn es Fallgestaltungen gibt, die einer vorläufigen Regelung überhaupt nicht zugänglich sind, dann folgt hieraus, daß die Möglichkeit einer vorläufigen Zustandsregelung eine Voraussetzung für den Erlass einer eA darstellt.

Der Begriff der vorläufigen Regelung hat eine prozessuale und eine materiellrechtliche Seite (88), so daß sich hier Erfordernisse der Zulässigkeit und der Begründetheit von eAen überschneiden.

1. Wortinterpretation

Geht man von der wörtlichen Bedeutung der "vorläufigen Regelung" aus, so kann hierin eine *contradictio in adiecto* gesehen werden (89). "Vorläufigkeit" und "Regelung" stehen in einem eigenartigen Spannungsverhältnis zueinander, das erst im Nachverfahren durch die Entscheidung in der Hauptsache endgültig aufgelöst wird.

Arndt (90) weist mit Recht darauf hin, daß wegen der geschichtsbildenden und deshalb oft unwiderruflichen Kraft eines verfassungsgerichtlichen Urteils das Gericht mit äußerster Vorsicht darüber zu wachen habe, daß eine eA keinen anderen Zustand als einen bloß vorläufigen herbeiführe, da im Verfassungskonflikt noch weniger als in einem anderen Prozeß die Entscheidung vorweggenommen werden dürfe.

Schon der StGH für das Deutsche Reich hatte gefordert, daß im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die Regelung nur vorläufiger Art sein und der endgültigen Entscheidung nicht vorgreifen dürfe (91).

(88) Grundmann, DVBl 1959, 876 (III)

(89) Grundmann, DVBl 1959, 875

(90) DVBl 1952, 3

(91) StGH, RGZ 122, Anh.17/44; RGZ 126, Anh.1/5; RGZ 129, Anh.28/31; RGZ 137, Anh.65/69; LS V, 180/184; auch Bayr.StGH LS V, 227/228 und LS V, 245/246

Das BVerfG betont ebenfalls, daß die Hauptentscheidung nicht durch die eA vorweggenommen werden dürfe (92). In einigen Entscheidungen wird dies deutlich als Zulässigkeitserfordernis ausgesprochen (93).

2. Die "vorläufige Zustandsregelung" im Verhältnis zur Endentscheidung

Damit geprüft werden kann, ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen im konkreten Fall die Möglichkeit einer "vorläufigen Zustandsregelung" besteht, muß dieser Begriff in seiner vollen Bedeutung erfaßt werden. Dabei ist zunächst der Begriff des "Zustandes" zu klären, sodann die vorläufige Regelung der in der Hauptsache ergehenden Endentscheidung gegenüberzustellen. Ferner sind die für eine Abgrenzung notwendigen Kriterien zu finden.

A. Die "Zustandsregelung"

Mit der eA soll ein Zustand vorläufig geregelt werden. Dieser formale Begriff, der auch inhaltliche Bedeutung hat, impliziert die Eigenschaft eines gewissen Beharrens, einer gewissen Dauer. Charakteristisch ist also, daß durch die eA Rechte oder Pflichten, insbesondere Verhaltensweisen, der Beteiligten für einen bestimmten Zeitraum, meist auf Verfahrensdauer, festgelegt werden sollen (94). Hierbei kann ein bereits bestehender Zustand fixiert (also der Status quo erhalten) oder ein noch nicht bestehender Zustand hergestellt werden (95). Im Gegensatz zur Zustandsregelung stünde die Verpflichtung des Antragsgegners zu einer einmaligen Handlung ohne rechtliche Dauerwirkung.

B. Die "Vorläufigkeit"

Die vorläufige Regelung darf nicht die endgültige sein. Damit ist aber für die Bestimmung des Begriffes der Vorläufigkeit noch nicht viel gewonnen.

a) Formale Abgrenzungskriterien

Jede eA ist ihrem Wesen und ihrem Ziele nach lediglich auf beschränkte Dauer angelegt. Sie verliert ihre Wirkung, sobald die Endentscheidung, deren "Offenhaltung" sie dient, ergeht, ist also auflösend bedingt durch das Erkennt-

(92) E 1, 1/3; 1, 349/351; 2, 103/104; 3, 34/37; 3, 52/55; 7, 175/197; 7, 367/371/374; 11, 329; 12, 36/42; 12, 276/279; 14, 192/193; 13, 77/78/80; 17,

(93) E 3, 41/43; 14, 190/192; 16, 220/226

/ 145/147

(94) Quaritsch, a.a.O., S. 347

(95) Helfferich, a.a.O., S. 99

nis in der Hauptsache. Anforderungen inhaltlicher Art werden bei der rein zeitlichen Betrachtung nicht gestellt. Damit dient dieses Merkmal nicht der Bestimmung der Vorläufigkeit (96).

Arndt (97) stellt ein anderes formales Kriterium heraus. Nach seiner Ansicht ist die Vorläufigkeit daran zu erkennen, daß sich nach Wegfall der eA der ursprüngliche Zustand von selbst wieder einstelle, wenn vom Standpunkt der Endentscheidung her diese sachlich ungerechtfertigt gewesen sei. Er übt von diesem Standpunkt aus Kritik an der im Südwest-Staat-Verfahren erlassenen eA (98), die ein klassisches Beispiel für eine unzulässige Anordnung gewesen sei. Das Gesetz sei durch die eA als *lex imperfecta* unausführbar geworden, so daß es zur Wiederherstellung seiner Vollziehbarkeit eines neuen Gesetzgebungsaktes bedurft hätte. Von der Vorläufigkeit eines angeordneten Zustandes könne keine Rede sein, wenn es bei Aufhebung oder Wegfall der eA erforderlich werde, deren Wirkungen durch einen weiteren Akt zu beseitigen.

Auch Quaritsch (99) sieht es u.a. als ein Merkmal der Vorläufigkeit an, daß die angeordnete Regelung ihrem Inhalt nach die Wiederherstellung des Status quo ermöglichen müsse.

Diesen Ansichten ist zweierlei entgegenzuhalten: Einmal liegt es "in der Natur der Sache, daß die vorläufige Regelung eines Zustandes gewisse Wirkungen äußert, die sich nachträglich nicht ungeschehen machen lassen" (100). Regelmäßig werden sich die Wirkungen der vorläufigen Regelung einer vollständigen "Naturalrestitution" entziehen. Zum anderen können auch ohne Erlaß einer eA durch bloßen Zeitablauf Veränderungen der tatsächlichen Gegebenheiten und Verhältnisse eintreten (101). Weder die Beteiligten noch das Gericht können diese - unabhängig vom Erlaß oder Nichterlaß einer eA - verhindern.

Der Begriff der Vorläufigkeit kann daher nicht allein durch die Anknüpfung an einen früheren Zustand umfassend erklärt werden (102).

(96) Helfferich, a.a.O., S.47

(97) DVBl 1952, 3

(98) E 1,1 ff

(99) a.a.O., S.348

(100) E 12,36/42 unten

(101) E 12,36/43

(102) Helfferich, a.a.O., S.50

b) Materielle Abgrenzungskriterien

Maßgebend für die Vorläufigkeit einer Regelung können nicht formale, sondern nur materielle Kriterien sein. Dabei ist davon auszugehen, daß eine eA die endgültige Entscheidung "offenhalten" soll. Wird diese vorweggenommen, also faktisch wertlos gemacht, dann ist die Regelung nicht vorläufiger Natur, und eine eA muß daher unzulässig sein.

Nicht allein maßgebend kann der Umfang der tatsächlichen Wirkung von eA und Hauptentscheidung sein. In den meisten Fällen erreicht der Antragsteller mit einer eA nämlich vorläufig das, was er auch mit der Endentscheidung begehrt (nur ist die eA auflösend bedingt durch das Erkenntnis in der Hauptsache bzw. auf drei Monate befristet).

Entscheidend ist vielmehr, daß die eA die Hauptentscheidung nicht irreparabel vorwegnehmen darf (103). In materieller Hinsicht wird die Hauptsache dann nicht irreparabel vorweggenommen, wenn alle für ihre Entscheidung maßgeblichen Rechtsfragen im Rahmen der eA nicht entschieden werden (rechtliches Kriterium) und die Auswirkungen der eA in tatsächlicher Hinsicht der Hauptsache nicht vorgreifen (tatsächliches Kriterium).

aa) Die Rechtsfragen der Hauptsache dürfen nicht verbindlich entschieden werden (rechtliches Kriterium)

Damit die Rechtsfragen der Hauptsache nicht im Anordnungsverfahren entschieden werden, müssen diese Fragen und ihre inhaltlichen Abgrenzungen - jedoch ohne abschließende Stellungnahme hierzu - bei der Entscheidung über die eA aufgezeigt, umrissen werden (104).

In einem anhängigen Verfahren wird dies keine besonderen Schwierigkeiten bereiten. Welche Rechtsfragen in der Hauptsache zur Entscheidung anstehen, läßt sich aus dem Sachverhalt und dem Antrag zur Hauptsache entnehmen.

(103) Quaritsch, a.a.O., S.348

(104) z.B. E 8,42/46: "In der Hauptsache wird entschieden, ob Hessen gegen seine verfassungsrechtliche Pflicht zur Bundestreue verstoßen hat; daß diese Entscheidung durch den Inhalt der eA nicht vorweggenommen ist, liegt auf der Hand. Es wird - möglicherweise - im Hauptverfahren inzidenter entschieden, ob die Gemeinden amtliche Volksbefragungen über Angelegenheiten des Bundes durchführen können; auch diese Frage wird durch die eA nicht präjudiziert...".

Der mögliche rechtliche Inhalt der Hauptentscheidung ergibt sich aus dem Gesetz (105).

Zu dem Antrag in der Hauptsache (in Verbindung mit dem gesetzlich zulässigen Ausspruch des BVerfG) und den möglicherweise auftauchenden Rechtsfragen ist die beantragte eA in Beziehung zu setzen und zu fragen: Nimmt die eA, wenn sie in dem beantragten Umfang erlassen wird, die Rechtsentscheidung in der Hauptsache vorweg? Dies geschähe nur dann, wenn letztere durch die eA völlig überflüssig würde, weil die zwischen den Beteiligten streitige Rechtsfrage damit endgültig entschieden wäre (106).

So ist etwa ein Antrag auf Erlaß einer eA unzulässig, wenn der Ausspruch des Gerichts begehrt wird, daß der Antragsgegner ein bestimmtes Grundrecht verwirkt habe (107), daß eine politische Partei verfassungswidrig sei (108), daß eine Maßnahme der Bundesregierung gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstoße (109), daß ein umstrittenes Gesetz verfassungswidrig sei (110) usw.

Dagegen bleiben die Rechtsfragen der Hauptsache außer Betracht, wenn der Antrag lautet, dem Antragsgegner durch eA zu verbieten, eine bestimmte Handlung einstweilen zu unterlassen, einer Partei öffentliche Werbung zu verbieten (111), der Bundesregierung aufzugeben, den geplanten Sendebetrieb für ein Fernsehprogramm zu verschieben (112), ein bestimmtes Gesetz bis zur Hauptentscheidung nicht anzuwenden usw. Wird in diesen Fällen eine eA erlassen, so kann die maßgebliche Rechtsfrage in der späteren Hauptentscheidung so entschieden werden, daß sich die eA als berechtigt oder unberechtigt ergangen herausstellt.

Wenn eine eA außerhalb eines anhängigen Hauptverfahrens beantragt wird, so gelten die gleichen Grundsätze. Aus dem Antrag zum Erlaß einer eA und den vorgetragenen Tatsachen werden die für das Hauptverfahren erheblichen Rechtsfragen sich mit hinreichender Sicherheit ergeben (113).

(105) vgl. §§ 39, 46, 56, 59, 67, 72, 78, 83, 89, 95 BVerfGG

(106) Knoll, Die Arbeiterversorgung 1961, 102; Fuß, NJW 1962, 2225

(107) vgl. § 39 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG

(108) vgl. § 46 Abs. 1 BVerfGG

(109) vgl. § 67 BVerfGG

(110) vgl. § 78 BVerfGG

(111) E 1, 349 ff

(112) E 12, 36 ff

bb) Die eA darf in ihren tatsächlichen Auswirkungen die Hauptentscheidung nicht überflüssig machen (tatsächliches Kriterium)

Entscheidend ist, daß die eA keinen endgültigen und irreparablen Zustand schaffen (114) und damit den Verfassungsstreit faktisch entscheiden darf. Wenn z.B. das BVerfG der Sozialistischen Reichspartei bis zur Verkündung des Urteils in der Hauptsache jegliche Propaganda und öffentliche Werbung untersagt hat, so hat diese eA die Existenz der Partei und ihre innere Organisation nicht berührt (115).

Wird ein Hoheitsakt durch eA ausgesetzt, so muß gewährleistet sein, daß er auch nach Wegfall der eA noch vollzogen, durchgeführt werden kann; wo dies nicht der Fall ist, ist eine eA unzulässig.

Die Rechtsprechung des BVerfG wird verschiedentlich mit der Begründung angegriffen, die Prüfung, ob ein Zustand vorläufig geregelt werden könne, ob also durch die eA die Rechtsfrage der Hauptsache entschieden oder das Hauptergebnis tatsächlich überflüssig werde, könne nicht ohne eine (vorläufige und summarische) Stellungnahme zu den Erfolgsaussichten der Hauptsache und deren Rechtsfragen vorgenommen werden. Auf diese Bedenken wird noch einzugehen sein (116). Jedenfalls ist ihnen - soweit es um die Zulässigkeitsprüfung geht - nicht zu folgen. Die Hauptsache wird im Rahmen dieser Prüfung nur herangezogen, um die bei ihr (möglicherweise) auftauchenden Rechtsprobleme und die tatsächlichen Auswirkungen des Erlasses oder Nichterlasses einer eA aufzuzeigen, um die Hauptentscheidung nicht irreparabel vorwegzunehmen.

3. Fälle von Unmöglichkeit einer vorläufigen Regelung

Nunmehr läßt sich die Frage beantworten, ob es Fallgestaltungen gibt, die einer vorläufigen Regelung überhaupt nicht zugänglich sind, bei denen also eine solche notwendigerweise die Endentscheidung vorwegnehmen würde.

Es sind Situationen denkbar, bei denen der Erlass einer eA Folgen nach sich ziehen kann, die auch durch die spätere Aufhebung der eA nicht mehr rück-

(113) anderenfalls muß das Gericht von Amts wegen nach § 26 BVerfGG weiter aufklären.

(114) E 7, 367/374; 11, 102/105; 12, 36/43

(115) E 1, 349/351

(116) vgl. unten S. 94 f

gänglich gemacht werden können, weil der ausgesetzte Hoheitsakt wirkungsvoll nicht mehr vollzogen werden kann. Andererseits kann aber auch der Vollzug eines Hoheitsaktes solche tatsächlichen Situationen schaffen, die nicht mehr rückgängig zu machen sind, wenn sich später ihre Verfassungswidrigkeit herausstellt.

In diesem Zusammenhang ist etwa an die Aussetzung von Terminen zu Volksabstimmungen und Wahlen zu denken (117).

In den Entscheidungen, mit denen die Termine für die Volksbefragungen über die Atombewaffnung in den Ländern Hamburg (118), Bremen (119) und Hessen (120) ausgesetzt wurden, hat das BVerfG ausgeführt, seine Entscheidung könne, wenn die Volksbefragungen erstmalig durchgeführt seien, daran nichts mehr ändern (121). Ein Gesetz, das die Grundlage nur für eine einmalige, nicht wiederholbare Maßnahme abgeben solle, hätte damit seinen Zweck erfüllt (122). Um eine möglicherweise verfassungswidrige Volksbefragung zu verhindern, müßten die Termine durch eAen ausgesetzt werden. Das jeweilige Endurteil könnte zwar noch feststellen, daß Landesbehörden möglicherweise durch ihre Untätigkeit das GG verletzt hätten, es könnte aber einen verfassungswidrigen Tatbestand, der sich in einer einmaligen Aktion erschöpfe, nicht mehr ungeschehen oder rückgängig machen (123).

Das BVerfG hat sich in diesen Entscheidungen nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob es den von den jeweiligen Landesgesetzgebern gewählten Abstimmungszeitpunkt durch eAen verändern konnte und durfte, ohne spezifische Absichten der Gesetzgeber zu vereiteln (124). Die Wirkung einer Maßnahme kann

(117) vgl. E 1, 1; 7, 367; 7, 374; 8, 42; 11, 102; 11, 306

(118) E 7, 367

(119) E 7, 374

(120) E 8, 42

(121) E 7, 367/373; 8, 42/45

(122) E 7, 367/373

(123) E 8, 42/45

(124) Angedeutet ist dies in E 7, 367/374: "Hinzu kommt, daß mit der Durchführung der Volksbefragung ihr politisches Gewicht und ihre von den Initiatoren beabsichtigte Wirkung sofort zur vollen Geltung käme. Das könnte durch eine ... Entscheidung des BVerfG nicht mehr rückgängig gemacht werden." Im Gegensatz dazu heißt es kurz danach: "Es ist auch nicht zu befürchten, daß die mit der eA möglicherweise verbundene, zeitlich begrenzte Verschiebung ... ihren Ausgang beeinflussen wird."

nämlich mit dem Zeitpunkt ihrer Durchführung stehen und fallen, insbesondere dann, wenn sich eAen gegen aktuelle Vorgänge des politischen Lebens richten mit der Folge, daß diese modifiziert oder aufgehoben werden. Dann wird oft - auch wenn die Hauptsache anders entschieden wird - der eigentliche Gewinner eines Streites derjenige sein, der mit Erfolg eine eA erwirkt hat (125), wenn sich z.B. zwischenzeitlich die öffentliche Meinung zu einer bestimmten Frage geändert hat.

In dem Bund-Länder-Streit um die Gewährung einer Weihnachtswendigung an Beamte (126) wäre durch eine eA, die den Ländern Hessen und Bayern die Auszahlung untersagt hätte, die nach dem Weihnachtsfest ergangene Hauptentscheidung entwertet worden. Dieser Fall ist seiner Natur nach einer vorläufigen Regelung nicht zugänglich. Das Gericht hat allerdings seine Entscheidung nicht auf die Unmöglichkeit einer vorläufigen Regelung gestützt, wohl aber beiläufig darauf hingewiesen. Hätte es die Auszahlung der vorgesehenen Weihnachtswendigungen ausgesetzt, so wäre dies einer Entscheidung in der Hauptsache gleichgekommen (127).

Die aufgezeigten Fälle, bei denen eine eA möglicherweise die Hauptentscheidung entwerten kann, sind in spezifischer Art an einen bestimmten Vorgang in zeitlicher Hinsicht gebunden (128). Doch wird die Hauptsache nur dann notwendigerweise durch eine eA vorweggenommen, wenn eine zeitliche Bindung an ein bestimmtes Ereignis vorliegt, die nicht nach freiem Ermessen bestimmt, sondern von der Sache her zwingend begründet ist. Die zeitliche Bindung muß also zugleich eine sachliche sein. In den Fällen der Volksbefragung über Atomwaffen (129), bei den Terminen für Wahlen (130) und beim Termin für den Sendebeginn eines zweiten Fernsehprogramms (131) war die zeitliche Bindung beispielsweise nicht von der Sache her zwingend geboten. Diese Termine waren mehr oder weniger willkürlich festgesetzt.

(125) Helfferich, a.a.O., S.53

(126) E 3,52 ff

(127) E 3,52/55: "Das Wesen einer solchen Wendigung ist ... entscheidend bestimmt durch ihren Zweck, einen Beitrag zum Aufwand des Weihnachtsfestes zu leisten, und durch den Zeitpunkt, der auch für die steuerliche Behandlung wesentlich ist."

(128) Helfferich, a.a.O., S.55

(129) E 7,367; 7,374; 8,42

(130) E 1,1; 11,306; zweifelnd Arndt, JZ 1960, 489

(131) E 12,36

Maßgebend ist, ob der zu regelnde Sachverhalt ohne die zeitliche und damit sachliche Bindung an einen bestimmten Vorgang inhaltlich entwertet würde, wie etwa im Fall der Weihnachtswendung (132).

Nur dann kann also durch eine eA die Hauptsache faktisch entschieden werden, wenn die Bindung an ein besonderes zeitliches Ereignis dem durch eine eA zu regelnden Sachverhalt sein spezifisches Gepräge, seinen ausschlaggebenden Inhalt verleiht, und wenn ohne diese zeitliche Bindung eine Regelung überhaupt hinfällig würde.

Die Möglichkeit, eine vorläufige Regelung zu erlassen, ist demnach ein Zulässigkeitsersfordernis für eine eA.

IV. DAS RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS

Auch im Anordnungsverfahren muß das für jedes gerichtliche Verfahren notwendige Rechtsschutzbedürfnis - als ungeschriebene Erlaßvoraussetzung - gegeben sein. Niemand soll nämlich ein Gericht als Teil der Staatsgewalt unnütz oder unlauter bemühen dürfen (133).

Das BVerfG hat bisher im Rahmen einer eA das Rechtsschutzbedürfnis nur ein einziges Mal ausdrücklich erwähnt (134).

Dieser Begriff ist hier unter einem dreifachen Aspekt zu untersuchen: in zeitlicher, in funktioneller und in materieller Hinsicht.

1. Das Rechtsschutzbedürfnis in zeitlicher Hinsicht

Das Rechtsschutzbedürfnis für alle vorläufigen Maßnahmen der Gerichte verlangt, daß die Hauptentscheidung nicht sofort ergehen kann, daß der Fall also noch nicht für eine abschließende Entscheidung reif ist (135). Eine eA

(132) E 3, 52

(133) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Grundzüge 5 vor § 253

(134) In E 4, 110/113 wird ausgeführt, daß die Erneuerung eines abgelehnten Antrages auf Erlaß einer eA nur dann zulässig sei, "wenn sie auf neue Gründe gestützt wird; für eine bloße Wiederholung eines bereits abgelehnten Antrages würde kein Rechtsschutzbedürfnis bestehen".

(135) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 14 zu § 32; Schlitzberger, JR 1965, 406; Gebhardt, a.a.O., S. 51; unklar Geiger, Komm., 3 zu § 32, der offenbar dann, wenn die Entscheidung in der Hauptsache rechtzeitig ergehen

kann daher nicht ergehen, wenn das BVerfG die Hauptsache so rechtzeitig zu entscheiden vermag, daß hierdurch die vorauszusehenden schweren Nachteile gebannt werden können (136). Vor Erlaß jeder eA ist daher zu fragen, wann etwa mit der Hauptentscheidung gerechnet werden kann. Ist die Hauptsache entscheidungsreif, hat die Endentscheidung zu ergehen. Es wäre unnütz und unstatthaft, eine nur vorläufige Regelung anzuordnen, da dann der "Zeitraum der rechtlichen Ungewißheit" der für das Gericht bestehenden Möglichkeit, sich sofort Gewißheit über die streitige Rechtsfrage verschaffen zu können, gewichen ist.

Es gibt verschiedene Gründe dafür, daß die Entscheidung in der Hauptsache nicht "sofort" ergehen kann.

Einmal ist dies dann der Fall, wenn der Erlaß einer eA außerhalb eines anhängigen Verfahrens beantragt wird, und der Antrag für die Hauptsache nicht abgewartet werden kann, weil andernfalls die Gefahr eines Rechtsverlustes entsteht (137).

Sodann kann die Hauptentscheidung nicht rechtzeitig ergehen, wenn in einem anhängigen Hauptverfahren die Erforschung der tatsächlichen Vorgänge oder die rechtliche Begutachtung eines umfangreichen Prozeßstoffes mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sind, die eine gründliche und eingehende Vorbereitung und Prüfung der Zweifelsfragen erforderlich machen (138).

Selbst nach Beendigung einer in der Hauptsache anberaumten mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG kann noch eine einstweilige Regelung bis zur Verkündung der Hauptentscheidung erforderlich werden (139). Nach § 30 Abs.1 Satz 2 BVerfGG ist nämlich eine Entscheidung vor ihrer Verkündung (bzw. Zustimmung) vollständig schriftlich abzufassen, zu begründen und von den mitwirkenden Richtern zu unterschreiben.

kann, die eA nicht für "dringend geboten" hält. Erst wenn jedoch das Rechtsschutzbedürfnis als allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung bejaht wird, kann weiter geprüft werden, ob die eA auch "dringend geboten" ist. Das BVerfG hat die Reihenfolge der Prüfung offengelassen (E 7,367/371 und E 12,36/40)

(136) E 7,367/371; 12,36/40

(137) Helfferich, a.a.O., S.23

(138) z.B. E 1,1; 6,443/445; 7,367/372; 8,102/103; 12,36/40; 15,219/221; 16,220/226; DVBl 1966, 643; E 18,146/147

(139) E 1,349

2. Das Rechtsschutzbedürfnis in funktioneller Hinsicht

a) Die Subsidiarität des Eingreifens des BVerfG

Ein Bedürfnis für eine vorläufige Regelung des Streitfalles durch das BVerfG besteht dann nicht, wenn der drohende Rechtsverlust auf andere Weise als durch eine eA abgewehrt werden kann. Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn bei anderen Gerichten eine gleichartige Regelung erreicht werden könnte, oder wenn andere Stellen, z.B. Behörden der Exekutive, Abhilfe schaffen könnten, oder wenn schließlich die Beteiligten selbst mit anderen Mitteln als mit dem Begehren einer eA den Streitfall beilegen könnten.

Da das Eingreifen des BVerfG zur Wirksamkeit der Verfassungsrechtsprechung notwendig sein muß (140), ist stets zu fragen, ob der Partei, die Rechtsschutz in Form einer eA begehrt, die Zuflucht zu anderen (möglicherweise politischen) Abwehrmaßnahmen zugemutet werden kann (141), und ob deren Wirkungen die gleichen wie die einer eA sind.

In der Spruchpraxis des Gerichts ist das Problem bisher einmal im Rahmen der Aussetzung der Vollstreckung eines Auslieferungshaftbefehls, also im Verhältnis zu den Strafgerichten, aufgetaucht (142). Fuß (143) weist zutreffend darauf hin, daß eine ähnliche Kompetenzüberschneidung auch im Verhältnis zu anderen Gerichtsbarkeiten denkbar sei, etwa wenn eine Art. 5 GG zuwiderlaufende einstweilige Verfügung mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffen werde.

Es ist daher zu untersuchen, ob auf dem Gebiet der einstweiligen Regelung bis zur Endentscheidung überhaupt eine echte Zuständigkeitskonkurrenz zwischen dem BVerfG und einem anderen Gericht möglich ist.

Die Zivilgerichtsbarkeit (einschließlich der Arbeitsgerichtsbarkeit) dient vorwiegend der Durchsetzung subjektiver Individualrechte. Dieses Ziel steht auch bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit (einschließlich der Sozial- und Finanzge-

(140) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 4 zu § 32

(141) Fuß, DÖV 1959, 204 (III)

(142) E 7, 86/87: Bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde wurde die Vollstreckung eines Auslieferungshaftbefehls ausgesetzt. Dem Beschwerdeführer wurde die Auflage erteilt, sich einmal wöchentlich bei der für seinen Aufenthaltsort zuständigen Polizeibehörde zu melden.

(143) DÖV 1959, 204

gerichtsbarkeit) im Vordergrund, soweit der einzelne Staatsbürger "anfechtend" oder "begehrend" den Behörden gegenübertritt.

Der Strafprozeß dient in erster Linie dazu, den staatlichen Strafanspruch, also auch nur einen "Teilaspekt", zu realisieren.

Demgegenüber liegt das Schwergewicht der Tätigkeit des BVerfG in einer umfassenden Schutz- und Garantiefunktion für das gesamte objektive Verfassungsrecht. Dies gilt auch, soweit es sich um das Verfassungsbeschwerdeverfahren einzelner Staatsbürger handelt, weil die Grundrechte nicht nur subjektive Rechte darstellen, sondern auch zugleich höchste objektive Wertmaßstäbe verkörpern (144).

Daraus folgt, daß die Zuständigkeit des BVerfG zum Erlaß von eAen keineswegs nur subsidiärer Natur ist. Dem Gericht ist im Verhältnis zu den Kompetenzen anderer Gerichte volle Entscheidungsfreiheit zuzubilligen (146). Allerdings ist für das Verfassungsbeschwerdeverfahren insofern eine Einschränkung vorgesehen, als § 90 Abs. 2 BVerfGG das Erfordernis der vorherigen Rechtswegerschöpfung enthält, das nur durchbrochen werden darf, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Das Gericht hat dann auch in der eine eA ablehnenden "Spiegel"-Entscheidung (147) den Antrag auf Erlaß einer eA für zulässig angesehen, obwohl Abhilfe auf dem Rechtsweg hätte gesucht werden können, und zwar wegen der "besonderen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Pressefreiheit und der Dringlichkeit der Sache". In einer anderen Entscheidung (148) hat das BVerfG dagegen einen Antrag auf Erlaß einer eA im Verfassungsbeschwerdeverfahren deshalb für unzulässig erklärt, weil eine Entscheidung der ordentlichen Gerichte noch nicht ergangen sei. Daher fehle es an einer Beschwer der Antragsteller, die einer Regelung durch eA bedürftig wäre. Zwar spricht das Gericht hier nicht vom Rechtsschutzbedürfnis, doch mit der geforderten "Beschwer" ist nichts anderes gemeint.

(144) E 7, 198/205

(145) Fuß, DÖV 1959, 204

(146) Andererseits steht den übrigen Gerichten selbstverständlich im Falle einer eA des BVerfG nicht die Befugnis zu, ihrerseits eine andere vorläufige Regelung zu treffen; vgl. OVG Münster, MDR 1958, 123

(147) E 15, 77/78

(148) E 16, 236/238/239

In einer weiteren Entscheidung (149) hat das Gericht den Antrag einer Beschwerdeführerin, das Grundbuchamt durch eA zur Eintragung eines Widerspruchs anzuweisen, ohne nähere Begründung für zulässig gehalten. Es hat jedoch eine eA nicht für "dringend geboten" erachtet, "wenn sich ohne Anrufung des BVerfG ein anderer Weg zeigt, auf dem durch Antragstellung bei den ordentlichen Gerichten das erstrebte Ziel erreicht werden kann". Die Beschwerdeführerin hatte die angebliche Unwirksamkeit der Grundstücksveräußerung noch nicht vor den zuständigen Prozeßgerichten geltend gemacht. Hier fehlte aber bereits das Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer eA, so daß der Antrag schon als unzulässig hätte verworfen werden müssen.

Da jedoch auch gerade das "reibungslose Funktionieren der anderen Gerichtsbarkeiten ein wesentliches Anliegen der Verfassung und des gemeinen Wohls" darstellt (150), wird das BVerfG im Einzelfall sorgfältig zu prüfen haben, ob der "Eingriff" in den Funktionsbereich anderer Gerichtsbarkeiten oder Behörden tatsächlich unabweisbar ist. So darf es nicht die Aufgabe anderer Gerichte übernehmen (151) oder gar die politischen Stellen von ihrer Verantwortung entlasten, falls diese noch eigene Gestaltungsmöglichkeiten besitzen (152).

b) Rechtsschutzbedürfnis und Suspensiveffekt

Das Rechtsschutzbedürfnis für eine eA könnte dann fehlen, wenn das Anbringen der Hauptsache beim BVerfG "aufschiebende Wirkung" hätte (153). So entfällt etwa im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Rahmen einer Anfechtungsklage wegen des Suspensiveffektes dieser Klage (154) die Möglichkeit, eine eA nach § 123 VwGO zu erlassen (155).

Das BVerfGG hat aber der Anrufung des Gerichts in der Hauptsache keine aufschiebende Wirkung beigelegt. Es kann daher offen bleiben, ob ein Rechtsschutzinteresse für eine eA auch dann gegeben wäre, wenn das Anrufen des BVerfG automatisch mit einem Suspensiveffekt verbunden wäre.

(149) E 17, 120/122; vgl. auch E 21, 50/51

(150) Fuß, DÖV 1959, 204

(151) Helfferich, a.a.O., S. 24

(152) E 3, 52/57

(153) Knoll, Die Arbeiterversorgung, 1961, 100

(154) vgl. § 80 Abs. 1 VwGO

(155) kritisch dazu Quaritsch, a.a.O., S. 219

c) Rechtsschutzbedürfnis und Bundeszwang

Möglicherweise fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine eA in einem Bund-Länder-Streit (156), wenn der Bundesregierung das Mittel des Bundeszwanges gegen ein Land zur Verfügung steht.

Nach Art. 37 GG kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates die notwendigen Maßnahmen treffen, um ein Land - falls dieses die ihm nach dem GG oder nach einem anderen Bundesgesetz obliegenden Bundespflichten nicht erfüllt - zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten (157).

Das GG stellt die Anwendung des Bundeszwanges in das pflichtgemäße Ermessen der Bundesregierung. In gleicher Weise stellt es dem Bund die Möglichkeit zur Verfügung, beim BVerfG im Wege einer Bund-Länder-Streitigkeit eine Klärung der umstrittenen Frage herbeizuführen und dann bis zur endgültigen Entscheidung den Erlass einer eA anzustreben.

Beide Möglichkeiten zur Durchsetzung der Bundesgewalt gegenüber den Ländern stehen unabhängig und selbständig nebeneinander. Es ist eine staatspolitische Frage der Zweckmäßigkeit, von welcher Möglichkeit der Bund Gebrauch macht. Diese Ermessensentscheidung ist verfassungsgerichtlich nicht nachprüfbar (158).

Wenn beispielsweise ein Bundesland es ablehnen würde, in Zukunft ein Landesparlament wählen zu lassen, so muß die Bundesregierung die Wahl haben, ob sie im Wege des Bundeszwanges die Erfüllung des Art. 28 Abs. 1 GG erreichen will oder ob sie das BVerfG zu einer Entscheidung anruft (§ 68 BVerfGG). Es geht also weder der Verfassungsstreit dem Bundeszwang noch dieser dem Verfassungsstreit vor (159). Die für die Bundesregierung bestehende Möglichkeit, vom Bundeszwang Gebrauch zu machen, steht daher dem Rechtsschutzbedürfnis für eine eA nicht entgegen (160).

(156) Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG

(157) E 3, 52/57: "Die eA ist nicht der einzige Weg, mit dem die Bundesregierung das von ihr erstrebte Ziel erreichen könnte. Da sie der Auffassung ist, daß die Antragsgegner die ihnen nach dem GG obliegenden Bundespflichten... verletzen, könnte sie... gemäß Art. 37 GG den Ländern... untersagen."

(158) E 7, 367/372

(159) Geiger, Komm., 5 zu § 70; v. Mangoldt-Klein, a.a.O., IV 2 zu Art. 37

(160) a. A. Helfferich, a.a.O., S. 79, der ein Rechtsschutzbedürfnis für eine eA nur annehmen will, wenn der Bundesregierung nicht das Mittel des Bundeszwanges zur Verfügung steht.

3. Das Rechtsschutzbedürfnis in materieller Hinsicht

Schließlich muß das Rechtsschutzbedürfnis auch in materieller Hinsicht zu bejahen sein. In diesem Sinne hat das BVerfG wohl diesen Begriff verstanden, wenn es ausgeführt hat (161), daß für eine bloße Wiederholung eines bereits einmal abgelehnten Antrages auf Erlaß einer eA kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, falls der neuerliche Antrag sich nicht auf neue Gründe stützen könne. "Neue Gründe" sind solche, die bei der früheren Entscheidung nicht berücksichtigt werden konnten (162). Sie müssen also nach Schluß der mündlichen Verhandlung über die eA bzw. nach Zustellung des ablehnenden Beschlusses entstanden sein.

Das materielle Rechtsschutzbedürfnis fehlt auch dann, wenn die Hauptsache bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt der a-limine-Abweisung des § 24 BVerfGG unterliegt, also unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (163). Insoweit greifen "materielles" und "zeitliches" Rechtsschutzbedürfnis ineinander. Denn unter den Voraussetzungen für eine a-limine-Abweisung kann bereits die Endentscheidung, nämlich die Verwerfung des Antrages zur Hauptsache durch einstimmigen Beschluß des Gerichtes, ergehen. Diese abweisende Hauptentscheidung braucht nicht nach § 30 Abs.1 BVerfGG vollständig, also einschließlich der Entscheidungsgründe, abgefaßt zu werden. Eine Begründung erübrigt sich sogar ganz, wenn das Gericht den Antragsteller vorher auf die Bedenken gegen die Zulässigkeit oder Begründetheit seines Antrages hingewiesen hat (164).

Der Antrag zur Hauptsache ist dann offenbar unbegründet, wenn das Gericht, ohne daß es einer weiteren Klärung des Sachverhalts bedürfte, vernünftigerweise keinen Zweifel an der Unbegründetheit hegen kann (165), wenn der Streitfall die Unbegründetheit "auf der Stirn trägt" (166). Geiger meint (167), eine solche Eindeutigkeit könne selbst dann, wenn die mitwirkenden Richter einig seien, nicht angenommen werden, wenn in der Literatur eine begründete Gegenmeinung vertreten werde.

(161) E 4, 110/113

(162) z.B. im Fall E 4, 110 ff die durch das Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am 1. April 1953 erfolgte Rechtsänderung.

(163) E 7, 175/180; 7, 367/371; 12, 36/40; 16, 220/226

(164) § 24 Satz 2 BVerfGG

(165) Lechner, Komm., B II 1 zu § 24

(166) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 17 zu § 24

(167) Komm., 5 d zu § 24

Das BVerfG will offenbar in Bund-Länder-Streitigkeiten den Hauptantrag in aller Regel nicht als "offensichtlich unbegründet" betrachten, weil davon auszugehen sei, daß weder die eine noch die andere Auffassung unhaltbar, der Ausgang des Verfahrens vielmehr in solchen Fällen "offen" sei (168).

Ist also bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung über die eA klar, wie die Endentscheidung zu lauten hat, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis mehr für eine lediglich vorläufige Regelung (169). Vielmehr ist ein derartiges Rechtsschutzbedürfnis nur dort zu bejahen, wo das Gericht zu einer Sachentscheidung (außerhalb von § 24 BVerfGG) gelangt, bei der dann immer die Möglichkeit eines von der eA abweichenden Erkenntnisses besteht.

Zweites Kapitel: Die sachlich-rechtlichen Erfordernisse für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung

Der Erlaß einer eA verlangt in materieller Hinsicht, daß diese "zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist". Die Worte "schwer - drohend - wichtig - dringend" innerhalb der unbestimmten Rechtsbegriffe zeigen, daß der Gesetzgeber sich der Problematik vorläufiger Maßnahmen innerhalb der Verfassungsgerichtsbarkeit bewußt war und diese daher nur gestatten wollte, wenn besondere Gründe sie geradezu "unabweisbar" machen (1).

Das BVerfG hat daher folgerichtig in ständiger Rechtsprechung ausgeführt, daß die weittragenden Folgen von eAen es notwendig machen, bei der Prüfung ihrer Voraussetzungen "einen strengen Maßstab" anzulegen (2). Das Gericht macht daher von seiner Befugnis zum Erlaß von eAen nur "mit größter Zurückhaltung" Gebrauch (3).

(168) z.B. E 7,367/372; 8,42/44; 12,36/40

(169) Schlitzberger, JR 1965, 406

(1) Geiger, Komm., 3 zu § 32

(2) E 3,41/44; 6,1/3; 7,367/371; 11,306/308; 12,276/279; 16,220/227; 18,34/36

(3) E 3,52/55; 6,1/4; 7,175/179; 11,102/104; 17,145/146; 18,151/153; 18,157/158

Andererseits hat der Gesetzgeber aber auch dem Gericht mit den "unbestimmten Rechtsbegriffen" des § 32 Abs.1 BVerfGG bewußt einen Beurteilungsspielraum überlassen (4), zumal es nicht möglich war, in einer "vor die Klammer gezogenen" Vorschrift die für alle Verfahrensarten bestehenden Besonderheiten aufzuführen. Als Ausweg bot sich daher die generalklauselartige Fassung des § 32 Abs.1 BVerfGG an.

I. AUSLEGUNG DES GESETZESTEXTES

- Allgemeines -

Von maßgebender Bedeutung für die Auslegung der einzelnen Begriffe ist, ob die Worte "zum gemeinen Wohl" sich lediglich auf den "anderen wichtigen Grund" beziehen, oder ob sie ein allgemeines Erfordernis darstellen, das bei jeder eA vorliegen muß.

Wollte man die Worte "aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl" zusammenlesen, so würde dies zu einer extensiven Auslegung führen, die den Anwendungsbereich der eA erweitern würde. Derartige Maßnahmen könnten dann "zur Abwehr schwerer Nachteile" und "zur Verhinderung drohender Gewalt" auch dann ergehen, wenn sie nicht dem Gemeinwohl, sondern ausschließlich Individualinteressen dienen. Mit dieser Interpretation könnte auch der etwas farblose Begriff des "anderen wichtigen Grundes" näher spezifiziert werden (5). Folgt man dagegen der zweiten Auslegung, wonach das Gemeinwohlerfordernis allgemeine Voraussetzung jeder eA ist, würde der Anwendungsbereich notwendigerweise eingeschränkt.

Von besonderer Bedeutung ist diese Auslegungsfrage für das Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen Einzelakte der öffentlichen Gewalt, bei dem es zumeist um die behauptete Verletzung von Individualrechten (6) geht.

Wendet sich der einzelne dagegen mit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, so handelt er nach Ansicht des BVerfG "gleichsam als Repräsentant

(4) Fuß, DÖV 1959, 205 (IV 1)

(5) Einige Entscheidungen des BVerfG könnten zu dieser Annahme verleiten (E 1, 281/283; 2, 103/105): Das Gericht spricht hier von einem "wichtigen Grund des gemeinen Wohls".

(6) Grundrechte der Artt. 1 bis 19 GG bzw. die anderen in § 90 Abs.1 BVerfGG genannten Grundgesetzartikel

aller, die von dem Gesetz betroffen sein können" (7). Damit ist in diesen Fällen die Möglichkeit eröffnet, einen Bezug zum Gemeinwohl herzustellen (8).

Die Entstehungsgeschichte des § 32 BVerfGG bringt für die Auslegung keine Klarheit. § 28 des Regierungsentwurfes (9) enthielt die Gemeinwohlvoraussetzung nicht. Im SPD-Entwurf (10) fand sich die Formulierung "zum Wohl der Bundesrepublik Deutschland".

Das BVerfG hat bei Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze jeweils ausdrücklich geprüft, ob die eA "zum gemeinen Wohl dringend geboten" war (11).

Der Standpunkt des Gerichtes bei eAen in Verfassungsbeschwerdeverfahren von Einzelpersonen gegen Einzelakte ist dagegen nicht einheitlich. Zunächst sind zwei Fälle zu erwähnen, in denen eAen erlassen worden sind, wonach die Beschwerdeführer bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden nicht an ausländische Regierungen ausgeliefert werden durften (12). Hier wurde der Erlaß einer eA darauf gestützt, daß dem Beschwerdeführer im Falle seiner Auslieferung schwere Nachteile drohten, dagegen ist vom "gemeinen Wohl" keine Rede (13).

Auch in zwei weiteren Entscheidungen, in denen das Gericht durch eAen die Aussetzung der Strafvollstreckung aus rechtskräftigen Urteilen ausgesetzt hat (14), verzichtete es auf eine ausdrückliche Erwähnung des Gemeinwohls, stellte vielmehr allein auf die den Beschwerdeführern drohenden schweren Nachteile ab.

(7) z.B. E 3,34/37; 12,276/280; 14,153

(8) Schlitzberger, JR 1965, 404

(9) Bundestagsdrucksache Nr.I/788

(10) § 24; Bundestagsdrucksache Nr.I/328

(11) z.B. E 3,34/37; 6,1/4; 7,175/180

(12) E 1,74; 6,443: in dieser Sache (1 BvR 193/57) ist die eA später noch einmal wiederholt worden (E 7,86)

(13) Anders in einem zeitlich zwischen den genannten Entscheidungen liegenden Auslieferungsfall, in dem die Aussetzung eines Auslieferungshaftbefehls als zum gemeinen Wohl dringend erforderlich angesehen wurde, "da ohne sie dem Beschwerdeführer der ihm durch das GG gewährleistete Schutz versagt werden könne" (E NJW 1955, 541)

(14) E 4,110/113 und 8,102/103

Später hat dann das Gericht demgegenüber ausgeführt, daß "die Vollstreckung einer unter Verletzung verfassungsmäßiger Rechte des Beschwerdeführers verhängten Freiheitsstrafe ein schwerer und nicht zu behebender Schaden" sei und "das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtspflege erschüttern" würde (15) Daher verlange das gemeine Wohl die Aussetzung der Haftvollstreckung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde.

Auch innerhalb anderer Verfassungsbeschwerdeverfahren hat das Gericht bei der Entscheidung über eine eA auf das Gemeinwohl abgestellt (16).

Die Literatur legt den Gesetzestext ebenfalls uneinheitlich aus.

Vertreter der Auffassung, daß das Gemeinwohlerfordernis sich lediglich auf den "anderen wichtigen Grund" beziehe, sind Lechner (17), Klein (18) und Kretschmer (19).

Lechner lehnt die Gegenmeinung deshalb ab, weil das BVerfG auch zum Schutz verfassungsrechtlicher Rechte des einzelnen angerufen werden könne, die andere Auffassung eAen in Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen weitgehend ausschließen würde, soweit das Interesse des Gemeinwohls nicht im Einzelfall in einer weiterreichenden präjudiziellen Wirkung für das allgemeine Rechtsleben gefunden werden kann.

Klein (20) meint, wenn man die eA nur zulassen wolle, wenn sie zum gemeinen Wohl erforderlich sei, wäre sie in Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen Einzelakte der staatlichen Gewalt, die die Verletzung von verfassungsrechtlich gesicherten Individualrechten betreffen, kaum denkbar.

Kretschmer ist der Ansicht, die eA lasse für die Anwendung des vom BVerfG aufgestellten Satzes, seine Rechtsprechung diene weniger der subjektiven Rechtsverfolgung als der objektiven Bewahrung des Verfassungsrechts (21),

(15) E 14, 11/12; 15, 223/226; 18, 146/147

(16) E 17, 145/147: bei einer Verfassungsbeschwerde eines Landgerichtspräsidenten gegen die ein Dienststrafverfahren einleitende Verfügung des Justizministers; E 18, 157/159: bei der Verfassungsbeschwerde einer Gemeinde gegen eine Verordnung des Regierungspräsidenten.

(17) Komm., 3c zu § 32 Abs. 1 und in "Die Grundrechte", a.a.O., S. 709

(18) BVerfGG-Komm., Rdz. 7, 16 und 23 zu § 32

(19) Justizblatt des Saarlandes 1961, 196

(20) BVerfGG-Komm., Rdz. 7 zu § 32

(21) E 2, 79/86

kaum Raum. Die Worte "aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl" könnten zusammengefaßt werden, ohne daß dem Wortlaut Gewalt angetan werden müßte.

Demgegenüber vertreten Geiger (22), Pfeiffer (23), Fuß (24), Helfferich (25) und Schlitzberger (26) die Meinung, "zum gemeinen Wohl" sei als ein allgemeines Erfordernis für alle eAen anzusehen.

Geiger meint, daß Schäden oder Gefährdungen von Interessen eines einzelnen, einer Gruppe, eines Verfassungsorgans allein eAen nicht rechtfertigen können; jedoch bestünden dann gegen eine eA keine Bedenken, wenn eine solche Beeinträchtigung zugleich eine Gefährdung des allgemeinen Wohls darstellten.

Nach Fuß liest sich die Vorschrift sprachlich zwangloser, wenn man die Worte "zum gemeinen Wohl dringend geboten" zusammenziehe. Daß eine eA grundsätzlich nur im Interesse des Gemeinwohls ergehen könne, folge aus der Funktion des BVerfG als eines Bewahrers des objektiven Verfassungsrechts. Einzelinteressen können daher für sich allein niemals - und wären sie auch von noch so schweren Nachteilen bedroht - den Erlaß einer eA rechtfertigen.

Zur Klärung der Streitfrage ist nach einer solchen Auslegung zu suchen, die auf den Sinn und Zweck der Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen und der eA im besonderen abstellt.

Das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes in Gestalt der eA des § 32 BVerfGG darf nicht isoliert betrachtet, sondern muß eingebettet in den großen Aufgabenbereich und in die Ordnungsfunktion des BVerfG als des "Hüters der Verfassung" gesehen werden. In erster Linie soll das Gericht die Verfassung aufrechterhalten. Diesem Ziel dient nicht nur die Entscheidung in der Hauptsache, sondern auch - und vielleicht in noch augenfälligerer, da vor unmittelbaren Nachteilen schützender Weise - die vorläufige Regelung. Wie ein Erkenntnis in der Hauptsache kann daher eine eA immer nur im Interesse der Gesamtheit ergehen (27).

Wenn das Gericht in einigen Entscheidungen (28) nicht zu erkennen gegeben

(22) Komm., 3 zu § 32

(23) a.a.O., S.282.

(24) DÖV 1959, 205; ebenso Gebhardt, a.a.O., S.142

(25) a.a.O., S.42

(26) JR 1965, 205

(27) Helfferich, a.a.O., S.42; Schlitzberger, JR 1965, 405

(28) E 1, 74; 6, 443; 7, 86; 8, 102

hat, daß es auch das Gemeinwohl berücksichtigt hat, so darf dies nicht zu der Annahme verleiten, das Gemeinwohl habe hier überhaupt keine Rolle gespielt. Im Vordergrund dieser Fälle stand gewiß die Abwendung von schädigenden Folgen für den einzelnen Verfassungsbeschwerdeführer. Das BVerfG hat aber in seinen späteren Entscheidungen (29) den eigentlichen Kern der Sache angesprochen: Eine Verletzung von fundamentalen Verfassungsprinzipien berührt im Einzelfall auch das Interesse und das Wohl der Allgemeinheit, sofern es dabei um eine besonders einschneidende und erhebliche Beeinträchtigung oder Verletzung von höchstpersönlichen Rechtsgütern geht. Eine in diesen Fällen nicht mehr rückgängig zu machende Rechtsverletzung führt dazu, daß sich die Allgemeinheit mit einem einzelnen Glied der Gemeinschaft solidarisch erklärt und dessen Angelegenheit als die eigene empfindet (30). Das Verfassungsbeschwerdeverfahren hat nicht allein die Funktion eines subjektiven Rechtsschutzes, sondern dient letztlich ebenfalls der Aufrechterhaltung und Bewahrung der Grundrechte und damit der Verfassung in ihrem objektiven Bestand (31). Die Grundrechte sind "Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft" (32). Um des Bestandes der Gemeinschaft willen verlangt daher das Gemeinwohl ihren Schutz.

Ergebnis: Der einer eA im Rahmen des verfassungsgerichtlichen Verfahrens zukommenden Bedeutung sowie der Stellung und Aufgabe des BVerfG entspricht allein die Auslegung des Gesetzestextes, wonach "zum gemeinen Wohl" als eine allgemeine Erlaßvoraussetzung anzusehen ist.

II. DAS VORLIEGEN EINES "WICHTIGEN GRUNDES"

Nach dem Wortlaut des § 32 Abs.1 BVerfGG ist der "wichtige Grund" der Oberbegriff für die beispielhaft genannten Voraussetzungen "Abwehr schwerer Nachteile" und "Verhinderung drohender Gewalt" (33). Diese nicht scharf

(29) E 14, 11/12; 15, 223/226; 17, 145/147; 18, 146/147

(30) Helfferich, a.a.O., S.67; Pfeiffer, a.a.O., S.282

(31) E 2, 79/86; Friesenhahn, Verf.-Ger., S.91; Schlitzberger, JR 1965, 405

(32) Art.1 Abs.2 GG

(33) "... aus einem anderen wichtigen Grund"; vgl. Geiger, Komm., 3 zu § 32

voneinander abzugrenzenden Voraussetzungen stehen gleichwertig nebeneinander; es genügt daher, wenn eine von ihnen vorliegt (34). Da die Rücksicht auf das "Gemeinwohl" allgemeine Erlaßvoraussetzung ist, muß die Auslegung der einzelnen Begriffe vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis erfolgen.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gibt für die Deutung der Begriffe nicht viel her: § 28 des Regierungsentwurfes (35) enthielt lediglich die Formulierung "... wenn dies aus einem wichtigen Grund dringend geboten ist". Die endgültige Fassung des Gesetzes geht wohl auf die Fassung in § 24 des SPD-Entwurfes (36) zurück, wonach eine eA ergehen können sollte, "wenn es zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grunde zum Wohl der Bundesrepublik Deutschland dringend geboten erscheint" (37).

1. Die Abwehr schwerer Nachteile

Dieser Zweckvoraussetzung wird in den meisten Anordnungsentscheidungen des BVerfG die ausschlaggebende Bedeutung beigemessen (38).

Die "schweren Nachteile" können wirtschaftlicher (materieller) oder nicht-wirtschaftlicher (immaterieller) Art sein. Beide Gruppen lassen sich ferner unterteilen in Nachteile für Allgemein- und für Einzelinteressen (etwa für einen einzelnen Bürger, einen Berufsstand, ein Land usw.).

a) Schwere Nachteile materieller Art

Das BVerfG hat rein wirtschaftliche Nachteile nur unter ganz engen Voraussetzungen als "schwere Nachteile" angesehen und stets betont, daß nur erhebliche wirtschaftliche Schäden für die Allgemeinheit vorläufige Maßnah-

(34) In einigen Entscheidungen vermißt man einen Hinweis darauf, auf welches konkrete Merkmal der Erlaß einer eA gestützt ist, z.B. E 1,281/283; 3,41/44/45

(35) Bundestagsdrucksache Nr.I/788

(36) Bundestagsdrucksache Nr.I/328

(37) vgl. auch § 22 des "Hessischen Gesetzes über den Staatsgerichtshof" vom 12.12.1947, GVBl 1948, 3 ff

(38) Schon der StGH für das Deutsche Reich hatte für den Erlaß einstweiliger Verfügungen das Vorliegen "wesentlicher Nachteile" gefordert; vgl. LS I, 411/414; VI, 133/136; RGZ 129, Anh. 28/32

men rechtfertigen können, während wirtschaftliche Nachteile für einzelne Personen oder Personengruppen (39) oder für die Interessen nur eines Landes (40) nicht ausreichen. Das Gericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, wirtschaftliche Nachteile einzelner seien angesichts der bei Erlass einer eA eintretenden Nachteile "bei gerechter Abwägung aller in Betracht kommender Interessen" zumutbar (41), und hat damit den Begriff der "Abwehr schwerer Nachteile" deutlich am Gemeinwohl orientiert.

EAen rechtfertigende materielle Schäden für die Allgemeinheit hat das Gericht lediglich in Erschütterungen und in Schäden der gesamten deutschen Volkswirtschaft (42) sowie in möglichen Störungen des allgemeinen Preisgefüges (43) gesehen.

b) Schwere Nachteile immaterieller Art

aa) Nachteile für Allgemeininteressen

Soweit es um die Aussetzung oder Verschiebung von Volksabstimmungen oder Wahlen ging, hat das BVerfG "schwere Nachteile" in folgenden Umständen gesehen:

Eine Abstimmung oder Wahl auf Grund eines Gesetzes, dessen Rechtsgültigkeit in der Öffentlichkeit hart umstritten, und dessen Verfassungsmäßigkeit Gegenstand eines bei dem BVerfG anhängigen Verfahrens sei, würde die Stimmberechtigten verwirren und damit möglicherweise das Ergebnis verfälschen (44).

Es müsse damit gerechnet werden, daß im politischen Kampf um die Stimmen der Abstimmungsberechtigten das Argument der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit der Volksbefragung ebenso wie unberechtigte Schlußfolgerungen aus einer Ablehnung der eA eine wesentliche Rolle spielen würden; gerade von derartigen Überlegungen müßten aber die Auseinandersetzungen freigehalten werden (45).

(39) E 3,34/38; 4,110/113; 7,175/179; 14,153; 18,34/36;
20,363/364

(40) E 1,85/86; 3,267/285

(41) E 1,85/87

(42) E 3,34/38; 6,1/4

(43) E 7,175/181

(44) E 1,1/2; 7,367/372; 7,374/377; 8,42/45

(45) E 7,367/372/373 oben

Es dürfe im Abstimmungskampf nur um die Sache, nicht aber um die Rechtsgrundlage der Abstimmung gehen (46).

Eine Verletzung "fundamentaler Verfassungsprinzipien" (47), deren Interpretation die Entscheidung in der Hauptsache erfordere, müsse als schwerer Nachteil für das gemeine Wohl angesehen werden. Eine substantielle Verfassungsverletzung stelle stets eine unmittelbare Bedrohung der Ordnung und Sicherheit des Staates dar (48).

Werde die Rechtsgrundlage eines Wahlgesetzes vom Beschwerdeführer "mit gewichtigen Gründen" in Zweifel gezogen, und habe dies eine "beachtliche Rechtsunsicherheit" über die Gültigkeit der angegriffenen Gesetzesbestimmungen und der auf ihnen beruhenden Wahlen zur Folge, so könne diese Rechtsunsicherheit zum Anlaß für eine eA genommen werden (49). Das Risiko einer Wiederholung der Wahl müsse demgegenüber zurücktreten.

Ein schwerer Nachteil liege auch dann vor, wenn die Bundesregierung (bzw. ein Bundesland) in einer politisch höchst bedeutsamen, folgenreichen Angelegenheit zusehen müßte, daß eine Maßnahme, die sie für verfassungswidrig halte, in einer nicht mehr rückgängig zu machenden Weise vollzogen werde, bevor die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Auffassung für jedermann verbindlich festgestellt sei (50). Im übrigen komme eine Verschiebung einer Wahl nur aus unabweisbaren Gründen in Betracht, da sonst ein grundlegendes Prinzip des freiheitlichen demokratischen Rechtsstaates, nämlich daß die Volksvertretungen in regelmäßigen, im voraus bestimmten Abständen durch Wahlen abgelöst und neu legitimiert werden, durchbrochen werde. Eine Verletzung des Rechts der Chancengleichheit sei nicht irreparabel, sofern (bei Erfolg der Hauptsache) die Wahl in einem einzigen Ort wiederholt werden müßte (51).

Sonstigen Nachteilen aus der Verschiebung der Abstimmung oder Wahl, etwa Schwierigkeiten in der technischen Durchführung (52) und finanziellen

(46) E 1, 1/2

(47) Als solche hat das Gericht z.B. das bundesstaatliche Prinzip und die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk (E 12, 36/41) angesehen.

(48) E 7, 367/373

(49) E 11, 306/309; ebenso auch im Fernsehstreit, E 12, 36/42

(50) E 7, 367/373; vgl. auch E 12, 36/41

(51) E 18, 151/154

(52) E 1, 1/3

Aufwendungen (53), wird dagegen keine entscheidende Bedeutung beigemessen.

Sonstige immaterielle Nachteile für die Allgemeinheit können nach Meinung des BVerfG darin liegen, daß ohne Erlaß einer eA unwiderrufliche völkerrechtliche oder staatsrechtliche Bindungen für die Bundesrepublik Deutschland eintreten würden (54).

Keinen schweren Nachteil hat das Gericht dagegen in der vorübergehenden Verhinderung des Sendebetriebs eines zweiten Fernsehprogrammes gesehen und in den damit möglicherweise verbundenen erheblichen finanziellen, personellen und organisatorischen Nachteilen (55).

Auch eine Rechtsunsicherheit allein rechtfertigt nach Ansicht des Gerichtes nicht den Erlaß einer eA, weil sie nicht hierdurch, sondern erst durch die Entscheidung zur Hauptsache beseitigt werden könne (56). Erst wenn diese Rechtsunsicherheit einen bestimmten Grad erreicht habe ("beachtliche" Rechtsunsicherheit), könne sie zum Anlaß für den Erlaß einer eA genommen werden (57).

bb) Nachteile für Einzelinteressen

Eine drohende Auslieferung wird vom BVerfG mit Recht als ein möglicherweise irreparabler Schaden angesehen (58). Das Gericht hat sogar in der Tatsache, daß die Auslieferungshaft dem Beschwerdeführer, falls seine Verfassungsbeschwerde erfolglos bliebe, mit großer Wahrscheinlichkeit im Ausland nicht auf die zu erwartende Freiheitsstrafe angerechnet werde (59), einen schweren Nachteil gesehen.

Bei der Aussetzung der Vollstreckung von Strafurteilen hat das BVerfG strenge Anforderungen gestellt, liegt hierin doch immer ein Eingriff in die Rechtskraft eines Urteils. So hat das Gericht es abgelehnt, eine eA bei Änderung der einer rechtskräftigen Verurteilung zugrunde liegenden Strafnorm zu erlassen (60).

(53) E 7,367/374; 11,102/104

(54) E 1,281/283

(55) E 12,36/42

(56) E 3,267/285; 11,102/104

(57) E 11,306/309; 12,36/42

(58) E 1,74/75; NJW 1955, 541; E 6,443/445; 7,86/87

(59) E 7,86/87

(60) E 4,110/113/114

Doch hält - wie schon erwähnt - das BVerfG die Vollstreckung einer unter Verletzung verfassungsmäßiger Rechte des Beschwerdeführers verhängten Freiheitsstrafe für einen schweren und nicht mehr zu behebenden Schaden, der das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtspflege erschüttern würde (61).

Dagegen bedeutet die Verweisung eines Beschwerdeführers auf den Rechtsweg für diesen keinen schweren und unabwendbaren Nachteil (62).

Auch die Fortführung eines Disziplinarverfahrens gegen einen Richter mit den damit verbundenen Unzuträglichkeiten ist kein schwerer Nachteil. Es sei jedem Beamten und Richter zuzumuten, daß er ein solches Verfahren über sich ergehen lasse. Der Beschwerdeführer könne nicht geltend machen, hierdurch in seiner persönlichen Rechtsstellung oder richterlichen Unabhängigkeit verletzt zu sein (63).

Schließlich hat das BVerfG in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren einer unabhängigen Wählergemeinschaft gegen ein Haushaltsplanfeststellungsgesetz eine eA deswegen abgelehnt, weil die Aussetzung des Vollzuges der beanstandeten Maßnahme, die es den begünstigten Parteien ermögliche, ihren Aufgaben unabhängiger von sachfremden Finanzierungsquellen als zuvor gerecht zu werden, das Gemeinwohl mehr beeinträchtigen würde als der (möglicherweise vorübergehende) Ausschluß der im Landtag nicht vertretenen Wählergemeinschaft. Einer notfalls später erforderlich werdenden zusätzlichen Bewilligung von Mitteln stünden keine unüberwindlichen Hindernisse entgegen (64).

Zusammenfassung:

"Schwere Nachteile" sind nur solche, die auch in einer späteren Entscheidung des Gerichts nicht mehr beseitigt werden können (65).

Diese Nachteile können wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Art sein, müssen aber ihrer Intensität nach erheblich sein. Erforderlich ist - als Ausfluß des Gemeinwohlerfordernisses - immer, daß es sich nicht lediglich um individuelle Schäden handelt, sondern um solche, bei denen (zumindest auch) die verfassungsmäßige Ordnung und das ungestörte Wirken der Verfassungsorgane angetastet wird.

(61) E 8, 102/103; 14, 11/12; 15, 223/226; 18, 146/147

(62) E 11, 329/330; 16, 236/239

(63) E 17, 145/146/147

(64) E 18, 34/37

(65) Pfeiffer, a.a.O., S.281, weist in diesem Zusammenhang auf die Parallele zu dem Begriff des "schweren und unabwendbaren Nachteils" in § 90 Abs.2 Satz 2 BVerfGG hin.

2. Die Verhinderung drohender Gewalt

Das BVerfG ist bisher in keiner Entscheidung auf diese Zweckvoraussetzung näher eingegangen. Im übrigen ist es auch zweifelhaft, ob dieser Voraussetzung überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt, oder ob der von ihr umschriebene Tatbestand nicht schon von der "Abwehr schwerer Nachteile" mit erfaßt wird.

Geiger (66) nennt als Beispiel für diese Voraussetzung die Putschabsicht einer verfassungswidrigen politischen Partei. Weiterhin sind hierzu zu zählen die Unterbindung eines Staatsstreichs sowie die Verhinderung von Sabotagemassnahmen gegen lebenswichtige Einrichtungen des Staates (67). Klein (68) weist mit Recht darauf hin, daß das Gesetz wegen der Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen und kommunistischen Terror in den Jahren der Weimarer Republik diese Voraussetzung besonders nennt. Er zieht daraus die Folgerung, die politische Schwäche der links- und rechtsradikalen Kräfte in der Bundesrepublik ließen die Notwendigkeit von eAen zum Zwecke der Verhinderung drohender Gewalt für den demokratischen Staat in den Hintergrund treten.

3. Der "andere" wichtige Grund

Mit den Zweckerfordernissen "Abwehr schwerer Nachteile" und "Verhinderung drohender Gewalt" hat das BVerfGG - soweit ersichtlich - bereits sämtliche möglichen Fallgestaltungen erfaßt, bei denen der Erlaß einer eA akut werden kann.

Die von Geiger (69) als Beispiele für den "anderen" wichtigen Grund genannten Fälle einer drohenden Rechtsverwirrung oder einer drohenden Funktionsunfähigkeit eines Verfassungsorganes infolge Untätigkeit der Amtsträger lassen sich bereits unter die "Abwehr schwerer Nachteile" bringen. Klein (70) hält für den tragenden Grund von eAen dieser Art die "Sicherungsfunktion des BVerfG im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung". Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb Klein diese allgemeine Funktion jeder eA gerade in diesem Zusammenhang besonders betont.

Das BVerfG hat in seinen bisherigen Anordnungsentscheidungen nicht ausdrück-

(66) Komm., 3 zu § 32

(67) Helfferich, a.a.O., S.62

(68) BVerfGG-Komm., Rdz.22 zu § 32

(69) Komm., 3 zu § 32

(70) BVerfGG-Komm., Rdz.23 zu § 32

lich auf den "anderen" wichtigen Grund abgestellt. Dies liegt an der weiten Fassung des Merkmals "Abwehr schwerer Nachteile", die ein Zurückgreifen auf den "anderen wichtigen Grund" überflüssig macht.

In der eA im Verfahren über die Verfassungswidrigkeit der Sozialistischen Reichspartei hat das Gericht jedoch andeutungsweise auf diese Voraussetzung hingewiesen, wenn es als "Gründe des gemeinen Wohls" angesehen hat, daß die Partei zu Protestkundgebungen aufgerufen und dabei versucht habe, in ungehöriger Weise die Tätigkeit des BVerfG zu beeinflussen. Es sei zu befürchten, daß die Anhänger der Partei fortfahren, bis zur Verkündung des Urteils das Verfahren vor dem BVerfG parteiagitatorisch zu mißbrauchen, die noch offene gerichtliche Entscheidung in der Öffentlichkeit bereits jetzt zu diskreditieren und durch verhetzende Angriffe auf Bundesorgane Unruhe in die Bevölkerung hineinzutragen. Hierin liege eine Mißachtung des Gerichts und eine unzulässige Einflußnahme auf das Gericht und die Öffentlichkeit (71).

Auch wenn dem Begriff des "anderen wichtigen Grundes" neben den beiden anderen Zweckvoraussetzungen im § 32 Abs.1 BVerfGG keine eigenständige Bedeutung zukommt, so sollte auf dieses Merkmal doch nicht verzichtet werden (72), zeigt sich doch in der "Generalklausel" deutlich die vom Gesetzgeber beabsichtigte umfassende Interventionsbefugnis des BVerfG.

III. DAS ERFORDERNIS DES "GEMEINEN WOHLs"

Im Rahmen der allgemeinen Textauslegung (73) wurde bereits geklärt, daß eine eA nur ergehen kann, wenn sie auch unter Berücksichtigung des Gemeinwohls geboten ist (74).

Das BVerfG hat in seinen Anordnungsentscheidungen "alle in Frage kommenden Belange" und die "einander widerstreitenden Interessen" gegenübergestellt und sorgfältig abgewogen (75) und damit die Entscheidung nach ihrer mut-

(71) E 1, 349/350/351

(72) Helfferich, a.a.O., S.57, befürwortet eine Streichung dieses Merkmals

(73) vgl. oben S.74-78

(74) schon der StGH für das Deutsche Reich hatte bei seinen einstweiligen Verfügungen das "Wohl der Allgemeinheit" berücksichtigt, vgl. LS VI, 133/136

(75) E 1, 85/86; 2, 103/105; 3, 34/38; 12, 276/280

maßlichen Gesamtwirkung auf die allgemeinen Belange bemessen (76). Dabei hat es eine Güterabwägung getroffen, wobei es von einer doppelten Annahme ausgegangen ist: es hat die Folgen in Betracht gezogen, die eintreten würden, wenn eine eA nicht erginge, der angegriffene Hoheitsakt im Hauptverfahren jedoch für verfassungswidrig erklärt würde (nach dem Ergebnis der Hauptentscheidung eine eA also gerechtfertigt gewesen wäre), sowie die Folgen, die der Erlaß einer eA nach sich ziehen würde, falls die angegriffene Maßnahme sich später als verfassungsgemäß herausstellt (nach dem Ergebnis der Hauptentscheidung eine eA also nicht gerechtfertigt gewesen wäre). Beide Folgen vergleicht das Gericht miteinander und wägt ab, welche - unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls - eher hingenommen werden können (77).

Mit Recht weist Helfferich (78) auf die mit dieser Methode verbundenen Unsicherheitsfaktoren hin: Das Gericht kann sich bei Abwägung der sich aus der (offenzuhaltenden) Hauptentscheidung ergebenden Folgen nicht auf konkrete Tatsachen stützen, sondern ist auf eine auf Wahrscheinlichkeit und Lebenserfahrung beruhende Annahme angewiesen. Eine andere Methode ist aber nicht möglich. Das Gericht darf zwar grundsätzlich bei seinen Entscheidungen von vergangenen und gegenwärtigen Tatsachen ausgehen, soll nicht die Gefahr bestehen, daß es in die Gestaltungsfreiheit der anderen Staatsorgane eingreife (79). Aber wenn Tatsachen und Geschehensabläufe "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" vorhersehbar sind, darf das Gericht auch zukünftige Tatsachen berücksichtigen (80).

Die Beteiligten haben dem Gericht die gebotene Abwägung zu ermöglichen und zu diesem Zweck erforderlichenfalls konkrete Angaben zu machen (81).

Das Gemeinwohl ist nicht identisch mit der Summe der Interessen der einzelnen, ist vielmehr im Verhältnis zum Einzelinteresse ein aliud mit Eigenwert (82). Wo nicht ausschließlich Allgemeininteressen einander gegenüber-

(76) Fuß, DÖV 1959, 205 (IV 1)

(77) E 3, 34/37; 3, 41/44; 6, 1/4; 11, 102/104; 11, 306/308; 12, 276/279; 16, 220/227; 18, 34/36; 18, 151/153; 18, 157/158; 20, 363/364

(78) a.a.O., S. 65, 66

(79) Roellecke, a.a.O., S. 184

(80) Roellecke, a.a.O., S. 185

(81) In der "Spiegelentscheidung" (E 15, 77/79) hat das Gericht sich mangels konkreter Angaben der Antragstellerin zu einer Abwägung im genannten Sinn außerstande gesehen.

(82) Schlitzberger, JR 1965, 406

stehen, sondern auf der einen Seite Nachteile für die Allgemeinheit, auf der anderen solche für einen einzelnen in Betracht kommen, hat die Entscheidung nach Möglichkeit für die Lösung zu erfolgen, die das Allgemeininteresse nicht tangiert (83). Diese Aussage bedarf noch einer Erläuterung, damit die Gefahr von Einseitigkeit vermieden wird. Die Feststellung, wann allein Einzelinteressen in Betracht kommen, kann zuweilen schwierig sein.

Besonders betont das Gericht die Bedeutung des "gemeinen Wohls", wenn es um die vorläufige Nichtanwendung von Gesetzen oder einzelnen Vorschriften geht (84). Hier hat das BVerfG das Gemeinwohl zum Zentralbegriff erhoben (85).

Um aber auch bei Verfassungsbeschwerden gegen Einzelakte, die für den einzelnen der alleinige Weg zum BVerfG sind, dem Erfordernis des gemeinen Wohls Rechnung tragen zu können, ergibt sich die Notwendigkeit, ein allgemeines Merkmal für die Schäden und Nachteile zu finden, die zugleich individuelle wie allgemeine Schäden sein können.

Gemeinwohl und Privatinteressen haben keine prinzipiell gegensätzliche Zielrichtung, sondern stimmen häufig überein (86).

Bei einer eA innerhalb eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens verlangt das Erfordernis des Gemeinwohls eine so starke Rechtserschütterung, daß die einem einzelnen drohenden Nachteile zugleich auch das Allgemeinwohl gefährden (87). Es ist also zu berücksichtigen, welches Gewicht den von dem betroffenen einzelnen abzuwendenden Nachteilen zuzumessen ist (88).

In Betracht kommen hier nur höchstpersönliche Schäden des einzelnen (89), die - ohne eine Regelung durch eA - zu einer besonders intensiven, irreparablen Rechtsverletzung führen (90), wie etwa die Verletzung von Leben, Freiheit usw.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist eine Entscheidung des BVerfG

(83) Helfferich, a.a.O., S.65

(84) z.B. E 3,34/37; 3,41/44; 6,1/4 usw.

(85) Fuß, DÖV 1959, 205 (IV,2) und NJW 1962, 2226

(86) Schlitzberger, JR 1965, 406

(87) Pfeiffer, a.a.O., S.282

(88) Schlitzberger, JR 1965, 407

(89) Rein wirtschaftliche Schäden einzelner sind schon keine "schweren Nachteile", dazu oben S.79 f

(90) Helfferich, a.a.O., S.67

in einer Auslieferungshaftsache (91) auf Kritik gestoßen, „die die Voraussetzungen einer eA deshalb angenommen hat, weil dem Beschwerdeführer die Auslieferungshaft mit großer Wahrscheinlichkeit nicht auf die zu erwartende Freiheitsstrafe in Jugoslawien angerechnet würde. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit in diesem Fall Allgemeininteressen auf dem Spiel standen (92). Die Entscheidung ist wohl nur als ein Einzelfall anzusehen und scheint in erster Linie aus Billigkeitsgründen ergangen zu sein, um die Nachteile zu mildern, die sich aus der langen Zeitdauer bis zur Entscheidung über die Verfassungsschwerde ergaben.

Zusammengefaßt läßt sich eine eA bei Verfassungsbeschwerden nur dann "zum gemeinen Wohl" rechtfertigen, wenn der in der Hauptsache angegriffene Einzelakt einen intensiven, irreparablen Eingriff in ein höchstpersönliches Rechtsgut ohne den Erlaß einer eA bewirken würde. Sind dagegen die Auswirkungen des Einzelaktes wieder zu beseitigen oder jedenfalls weitgehend zu mildern, so überwiegt das allgemeine Interesse an dem Vollzug der angegriffenen Maßnahme.

IV. DER "DRINGEND GEBOTENE" ERLASS EINER EA

Eine weitere materiellrechtliche Voraussetzung für den Erlaß einer eA ist das Erfordernis der Dringlichkeit der vorläufigen Maßnahme (93), womit der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht hat, daß der Erlaß einer eA an bestimmte zeitliche Voraussetzungen gebunden sein soll (94). Es liegt auf der Hand, welch entscheidende Bedeutung der Wahl des Zeitpunktes für den Erlaß einer eA zukommt.

Bereits Regierungsentwurf und SPD-Entwurf enthielten das Dringlichkeitsgebot.

Wie auch bei den anderen sachlichen Voraussetzungen der eA ist hier wieder-

(91) E 7, 86 f

(92) Helfferich, a.a.O., S.68; Fuß, DÖV 1959, 207; v. Weber hält in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung (GA 1958, 24/25) die unbedingte Aussetzung des Haftbefehls für bedenklich.

(93) Inhaltlich kann es zu Überschneidungen zwischen der Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses in zeitlicher Hinsicht (vgl. dazu oben S.66/67) und dem Gebot der Dringlichkeit kommen.

(94) Helfferich, a.a.O., S.68

um eine Abwägung der widerstreitenden Interessen und Belange erforderlich (95). Wenn diese Abwägung ergibt, daß die für den Erlaß der eA sprechenden Gründe so schwerwiegend sind, daß sie (auch wiederum vom Standpunkt der Allgemeinheit aus) die gegen einen Erlaß sprechenden Gründe überwiegen, darf eine eA ergehen (96), da sie dann für die Abwehr der nachteiligen Folgen unabweisbar ist.

Selbst wenn die sonstigen Voraussetzungen für eine eA vorliegen, kann diese dennoch nicht "dringend geboten" sein. Sie ist z.B. dann dringend erforderlich, wenn ohne die eA die Wirksamkeit der verfassungsrechtlich garantierten Verfassungsgerichtsentscheidung aufgehoben oder das Staatsleben ohne eine sofortige einstweilige Regelung schweren Schaden erleiden würde (97).

Ist dagegen die Gefahr des Schadenseintritts zum gegenwärtigen Zeitpunkt zwar voraussehbar, aber noch nicht akut, und besteht die Aussicht, daß auch eine später ergehende eA noch den Schaden abwenden kann, dann darf diese noch nicht ergehen (98).

Wann der Erlaß einer eA unabweisbar ist, kann nicht generell gesagt werden, vielmehr kommt es auf die konkrete Situation des Einzelfalles an. Schon wegen ihrer allgemeinen Kurzlebigkeit ohne Rücksicht auf den tatsächlichen und rechtlichen Umfang des Streitstoffes (§ 32 Abs.5 BVerfGG) wird das Gericht nur im Falle "höchster Not" zum Mittel der eA greifen, um nicht zu frühzeitig alle prozessualen Möglichkeiten voll auszuschöpfen.

V. DIE MATERIELLRECHTLICHE BEDEUTUNG DER VORLÄUFIGEN REGELUNG

Der Begriff der "vorläufigen Regelung" hat neben der prozessualen (99) auch eine materiellrechtliche Bedeutung.

In diesem Zusammenhang ist darzustellen, inwieweit bei der Entscheidung über die eA auf die materiellen Rechtsfragen der Hauptsache einzugehen ist, und ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den "Erfolg" der Hauptsache Vor-

(95) Geiger, Komm., 3 zu § 32

(96) Pfeiffer, a.a.Ö., S.282

(97) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.24 zu § 32

(98) E 1, 281/283: "Die eA kann später immer noch ergehen, zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist sie nicht dringend geboten."

(99) vgl. oben S.58 und 59 ff

aussetzung für eine eA ist. Diese Darstellung setzt die Prüfung des Verhältnisses beider Maßnahmen zueinander und die Abgrenzung des jeweiligen Streitgegenstandes voraus.

1. Das Verhältnis der eA zur Hauptentscheidung

§ 32 BVerfGG gibt über das Verhältnis der vorläufigen Maßnahme zur Entscheidung im Hauptverfahren keine ausdrückliche Auskunft. Aus der Formulierung "kann ... vorläufig regeln" ergeben sich lediglich inzidenter gewisse Anhaltspunkte für das Verhältnis beider Maßnahmen zueinander.

Es soll im folgenden geklärt werden, ob eA und Endentscheidung verschiedene Institute sind, oder ob die eA nur ein Minus im Vergleich zur Endentscheidung darstellt.

Der StGH für das Deutsche Reich hatte gefolgert, daß sich aus der Befugnis des Gerichts zur Entscheidung, also zur zwangsweisen Herbeiführung eines Dauerzustandes, auch die Befugnis zu einer vorläufigen Regelung ergebe (100).

Doch haben bereits die Kritiker dieser Rechtsprechung des StGH erkannt, daß die Rechtsschutzform der einstweiligen Verfügung materiell selbständig neben der Endentscheidung steht. Wer zum abschließenden richterlichen Urteil befugt ist, kann nicht auch schon deshalb ohne weiteres eine vorläufige Ordnung schaffen (101).

Schüle (102) hat die Eigenständigkeit beider staatsgerichtlicher Tätigkeiten näher begründet:

Bei jeder gerichtlichen, also auch bei der staatsgerichtlichen Sachentscheidung, werde ausgesprochen, ob das den Gegenstand des Streites bildende Verhalten der Streitteile, gemessen an als bestimmt, feststehend und feststellbar vorauszusetzenden Rechtsregeln, rechtmäßig sei oder nicht. Diese Entscheidung werde grundsätzlich als eine in der Instanz endgültige gedacht. Die einstweilige Verfügung unterscheide sich von dieser endgültigen Entscheidung in folgenden Punkten:

- a) Sie enthalte keine Aussage darüber, wer von den Parteien im eigentlichen Recht oder Unrecht habe.

(100) RGZ 111, Anh.21 und RGZ 126, Anh.1/4.

(101) z.B. Heinsheimer, JW 1926, 378; Ritter, a.a.O., S.65; Friesenhahn, HDStR Bd.II, S.544

(102) a.a.O., S.8

- b) Sie werde nicht der materiellen Rechtsfindung wegen, sondern zu anderen Zwecken vorgenommen.
- c) Sie sei ihrer Natur nach lediglich auf Zeit, nicht auf Dauer berechnet.
- d) Ihre bindende Wirkung sei eine andere als die Rechtskraftwirkung der Sachentscheidung (103).

Diese von Schüle aufgezeigten "Artverschiedenheiten" zwischen einer vorläufigen Maßnahme und der endgültigen gerichtlichen Entscheidung zeigen, daß beide Institute im verfassungsgerichtlichen Verfahren unabhängig nebeneinander mit einem eigenen, echten Entscheidungsbereich stehen (104).

Vorläufige Maßnahmen treten auch in anderen Verfahrensordnungen als selbständige Verfahrensformen neben die Hauptverfahren (105).

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß eA und Entscheidung in der Hauptsache nicht im Verhältnis minus - plus zueinander stehen, sondern unterschiedliche Rechtsschutzformen darstellen. Daran ändert auch die zeitliche Begrenzung der eA durch den Erlaß der Hauptentscheidung nichts.

2. Der unterschiedliche Streitgegenstand der beiden Institute

Wenn Hauptentscheidung und eA echte alia sind, so muß auch der jeweilige Streitgegenstand verschieden sein (106).

Die Hauptentscheidung soll die dem BVerfG vorliegenden Fragen einer rechtlichen Klärung zuführen und zu diesem Zweck den Streitfall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend untersuchen. Demgegenüber besitzt die

(103) Einem weiteren Punkt, daß nämlich der Inhalt der einstweiligen Verfügung nicht aus Rechtssätzen abgeleitet werden könne, die eine sichere Beurteilung ermöglichen, kommt heute angesichts der positivrechtlichen Regelung in § 32 BVerfGG keine Bedeutung mehr zu.

(104) ebenso Grundmann, DVBl 1959, 877, FN 17 und DÖV 1960, 684

(105) z.B. Rosenberg, a.a.O., S.1089; Schunck-De Clerck, VwGO, Siegburg 1961, 4 a zu § 123

(106) Nach E 8, 42/46 wird im Verfassungsrechtsstreit der zu regelnde Zustand durch den Sachverhalt, der die verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheit ausgelöst hat, gegenständlich (d.h. streitgegenständlich) umschrieben.

eA eine nur "eingeschränkte Zielsetzung" (107). Sie soll bis zur Entscheidung der Hauptsache lediglich zwischen den Beteiligten einen vorläufigen "Friedenzustand" herstellen und die Schaffung von vollendeten Tatsachen verhindern, damit so die Wirksamkeit des Enderkenntnisses garantiert bleibt. Die eA will die endgültige Entscheidung also keineswegs ersetzen, ja sie nicht einmal in rechtlicher Hinsicht vorbereiten (108).

Nach Grundmann (109) zeigt sich die "eingeschränkte Zielsetzung" des Anordnungsverfahrens in drei Punkten:

- a) Die eA dürfe nicht eine derartige Lage schaffen, daß sie nicht noch durch die Entscheidung in der Hauptsache geändert werden dürfte.
- b) Die Gerichtsbarkeit zum Erlaß von eAen könne in Anspruch genommen werden, ohne daß über die Gerichtsbarkeit zur Hauptsache abschließend entschieden worden sei (110).
- c) Die Abänderung der eA noch im Laufe des anhängigen Verfahrens sei nicht ausgeschlossen (111).

Die Antragsteller können im Anordnungsverfahren lediglich die vorläufige Regelung eines Zustandes begehren, etwa den Vollzug einer Norm auszusetzen, nicht jedoch, diese Norm für verfassungswidrig zu erklären. Natürlich machen die Antragsteller auch im Anordnungsverfahren die Verfassungswidrigkeit eines angegriffenen Hoheitsaktes geltend, denn diese Verfassungswidrigkeit ist nicht Ziel, sondern Rechtsgrund der Nichtigerklärung in der Hauptsache und - wie Grundmann (112) meint - auch der Außervollzugsetzung im Anordnungsverfahren.

Eine Entscheidung über die eigentliche Verfassungsfrage darf jedoch nicht durch eA ergehen. Nur in Ausnahmefällen können die Streitgegenstände bei der Verfahren zusammenfallen (113). Dies ist dann der Fall, wenn

1. der Antrag zur Hauptsache unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (114),

(107) Grundmann, DVBl 1959, 877 und DÖV 1960, 682

(108) Helfferich, a.a.O., S.16

(109) DÖV 1960, 682 bis 684

(110) dazu oben S.43; E 1,281/282

(111) dazu unten S. 142

(112) DVBl 1959, 877

(113) Grundmann, DVBl 1959, 878

(114) Dann fehlt bereits das Rechtsschutzinteresse, und der Antrag auf Erlaß einer eA ist unzulässig; vgl. dazu oben S.72

2. der in der Hauptsache angegriffene Staatsakt offensichtlich verfassungswidrig ist.

Im letzteren Fall besteht kein Spannungsverhältnis zwischen "Vorläufigkeit" und "Regelung". Liegt die Verfassungswidrigkeit eines Hoheitsaktes auf der Hand, ist die Hauptsache entscheidungsreif. Falls bereits das Hauptverfahren anhängig ist, hat die Endentscheidung zu ergehen, und für den Erlaß einer eA ist kein Raum. Allenfalls könnte eine eA in Betracht kommen, wenn die mündliche Verhandlung abgeschlossen ist, jedoch die Abfassung des Urteils in der Hauptsache noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird.

Im Gegensatz zu Grundmann (115) wird man aber sagen müssen, daß auch in diesem Ausnahmefall die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Aktes nicht durch eA getroffen werden kann. Auf den ersten Blick besticht zwar das Argument, ein verfassungswidriges Gesetz könne nicht durch Zeitablauf (bis zur Entscheidung im Nachverfahren) verfassungsgemäß werden. Sicher kann es das nicht; aber andererseits steht es dem Wesen der eA entgegen, daß mit ihr die Endentscheidung ergeht. Steht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes in Frage, so genügt eine Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm (evtl. nur dem Antragsteller gegenüber) bis zur endgültigen Entscheidung im Nachverfahren. Entsprechendes gilt für andere angegriffene Akte. Daher besteht kein Bedürfnis für eine insoweit abschließende Entscheidung durch eA.

Grundmann verkennt m.E., daß es im Anordnungsverfahren gerade nicht darum geht, auf dem schnellsten und prozeßökonomischsten Weg zur Entscheidung über die im Streit befindliche Rechtsfrage zu gelangen, sondern lediglich darum, diese Entscheidung der Rechtsfrage im Endurteil nach allen Richtungen sicherzustellen.

Ist eine Norm offensichtlich verfassungswidrig, dann besagt dies lediglich, daß der Erlaß einer eA in besonderem Maße geboten ist, nicht jedoch, daß bereits die Anordnungsentscheidung einen verbindlichen Ausspruch über die Verfassungswidrigkeit enthalten darf, der nur der Endentscheidung zusteht (116). Anderenfalls würde eine eA gerade vollendete Tatsachen schaffen, obwohl sie diese verhindern soll.

(115) DVBl 1959, 876

(116) Auch unter dem Gesichtspunkt der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG ergäben sich in einem solchen Fall Schwierigkeiten, denen hier nicht näher nachgegangen werden kann.

3. Die Berücksichtigung der Hauptsache im Rahmen der Anordnungsentscheidung

Bei jeder Entscheidung über den Erlaß einer eA steht das BVerfG vor der Frage, ob es im Rahmen der Anordnungsentscheidung die Hauptsache in irgendeiner Form berücksichtigen darf oder nicht, mit anderen Worten, ob die maßgebliche Rechtsfrage zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden darf oder sogar gemacht werden muß.

Es geht hier also nicht darum, ob die eA eine "vorläufige" Endentscheidung treffen kann, da dies unbestritten nicht ihre Aufgabe ist. Vielmehr geht es um die Frage, ob es eine (ungeschriebene) materiellrechtliche Voraussetzung für den Erlaß einer eA ist, daß eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg der Hauptsache spricht (der angegriffene Hoheitsakt also "mit einiger Sicherheit" verfassungswidrig ist).

Das BVerfG hat ständig daran festgehalten, daß die eA nicht die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen dürfe (117), ja daß der Erlaß oder die Ablehnung einer eA nicht einmal Rückschlüsse auf die Auffassung des Gerichts über die Hauptsache zulasse (118).

Diese Auffassung des Gerichts gründet sich auf das Wesen jeder vorläufigen Maßnahme. Eine solche Entscheidung kann keine endgültige sein, weil dem vorläufigen Verfahren notwendigerweise ein Nachverfahren folgen muß, das den Streitfall abschließend entscheidet. Aus diesem Grund hat es das Gericht abgelehnt, im Anordnungsverfahren zu den Rechtsfragen der Hauptsache Stellung zu nehmen.

Es fragt sich, ob dieser "starre" Standpunkt des BVerfG zu billigen ist.

Die Kommentare zum BVerfGG behandeln diesen Fragenkreis nicht. Sie beschränken sich auf die Feststellung, daß solche Maßnahmen im Rahmen einer eA auszuschneiden haben, die die endgültige Entscheidung vorwegnehmen würde (119).

(117) E 1,349/351; 3,34/37; 3,41/43; 6,1/4; 7,175/179; 7,367/371; 7,374; 8,42/44; 11,102/104; 11,306/309; 12,36/42; 12,276; 14,190; 14,192; 15,77; 16,220; 18,151/153

(118) z.B. E 1,1/3; 15,219

(119) Geiger, Komm., 2 zu § 32; Lechner, Komm., 4 zu § 32 Abs.1; Klein (BVerfGG-Komm., Rdz.8 zu § 32) billigt ohne eigene Stellungnahme den Standpunkt des BVerfG.

Fuß (120) weist darauf hin, daß der Standpunkt des BVerfG unter Umständen zu Ergebnissen führen könne, die der Gesetzgeber nicht bezweckt haben dürfte. Es müßten dann folgerichtig vor allem diejenigen Staatsakte im Vollzug gehindert werden, die sich auf weite Bevölkerungskreise besonders empfindlich auswirkten, oder die eine einschneidende Belastung der gesamten Volkswirtschaft zur Folge hätten, und zwar ohne jede Berücksichtigung der Frage, ob diese Staatsakte nun verfassungsgemäß seien oder nicht. Zwar könne das BVerfG in derartigen Fällen erklären, das gemeine Wohl erfordere eine entsprechende Maßnahme. Aber hinter solchen Erwägungen würde sich doch nur ein Vorgriff auf die in der Hauptsache zu entscheidende Frage verbergen, ob die umstrittene Maßnahme vor der Verfassung Bestand habe oder nicht.

Im Grundsatz will jedoch auch Fuß daran festhalten, daß die Fragen der Hauptsache bei der Entscheidung über eine eA tunlichst außer Betracht zu bleiben hätten. Er sieht eine praktikable Möglichkeit darin, daß das Gericht die Folgen eines Erlasses oder einer Ablehnung einer eA gegeneinander abwägt und sich für die Ablehnung entscheidet, wenn nicht die Gründe für einen Erlass eindeutig überwiegen.

Einen Schritt weiter geht Grundmann (121), der betont, eine eA könne überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn das Gericht erkenne, daß - z.B. bei einem Normenkontrollverfahren - die angegriffene Norm wenigstens möglicherweise, wenn nicht gar wahrscheinlich verfassungswidrig sei, weshalb es "ohne Stellungnahme zur Hauptsache" (die keine ausdrückliche zu sein brauche) nicht entscheiden könne. Im Anordnungsverfahren könne zwar die Gültigkeit der angegriffenen Rechtsnorm nicht Gegenstand der Entscheidung, wohl aber müsse sie Gegenstand der Prüfung sein (122).

Kretschmer (123) meint, das Gericht könne erst dann, wenn es sich überzeugt habe, daß die Rechtsverfolgung in der Hauptsache begründete Aussicht auf Erfolg habe, befugt sein, eine auch von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmte einstweilige Regelung zu treffen. Die Beschränkung der Prüfung auf die Frage, ob die Klage nicht "offensichtlich unbegründet" sei, schiebe Zweckmäßigkeitserwägungen so sehr in den Vordergrund, daß angezweifelt werden müsse, ob eine solche Entscheidung noch einem Gericht zustehen könne. Folge man der Auffassung des BVerfG, so müßten schon bloße Zwei-

(120) DÖV 1959, 208 (V 2)

(121) DÖV 1960, 683; DVBl 1959, 877

(122) ähnlich Friesenhahn, RuPrVB1 1932, 765

(123) Justizblatt des Saarlandes 1961, 197

fel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, die nach einer summarischen Prüfung nicht als offensichtlich unbegründet zu bezeichnen seien, genügen, die Aussetzung eines Gesetzes anzuordnen. Zugunsten des Gesetzes spreche aber die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit, der gegenüber bloße Zweifel an der Gültigkeit belanglos seien. Um aber eine derartige Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes zu gewinnen, sei ein weit tieferes Eingehen auf die verfassungsrechtliche Streitfrage erforderlich, als dies nach der Rechtsprechung des BVerfG zulässig sei.

Kno11 (124) hält die Rechtsprechung des BVerfG zumindest für überspitzt. Es könne nicht der Vollzug einer Rechtsnorm lediglich wegen der schweren Folgen, die ihre weitere Anwendung mit sich bringe, gehemmt werden, ohne die Prüfung, ob überhaupt die geringste Aussicht besteht, daß die Norm als verfassungswidrig aufgehoben werde.

Beeser (125) und Ehmke (126) begrüßen den ihrer Auffassung nach eingetretenen Wandel in der Rechtsprechung des BVerfG seit E 11, 306 ff und meinen, das Gericht halte nunmehr nicht länger daran fest, daß bei der Aussetzung des Vollzugs einer Rechtsnorm die für die Nichtigkeit der Norm geltend gemachten Gründe außer Betracht bleiben müßten.

Auch Helfferich (127) fordert eine summarische Rechtsprüfung der Sache selbst als Voraussetzung für den Erlass einer eA, wodurch gerade die Fälle ausgeschieden werden könnten, für die von der Sache selbst her keinerlei Anlaß bestehe, weil nicht einmal eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die sachliche Rechtfertigung der eA spreche.

Schlitzberger (128) meint, daß für die auf Grund der Gemeinwohlklausel vorzunehmende Abwägung der Grad der für den Erfolg der Verfassungsbeschwerde sprechenden Wahrscheinlichkeit nicht ohne jede Bedeutung sei. Die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde seien jedenfalls dann bedeutsam, wenn dieser mit erheblicher Wahrscheinlichkeit stattgegeben werden würde. Dann erscheine das für den Erlass einer eA zugunsten eines einzelnen sprechende Gemeinwohlinteresse von solchem Gewicht, daß demgegenüber die Beeinträchtigung der Interessen der Allgemeinheit, falls die Verfassungsbeschwerde

(124) Die Arbeiterversorgung 1961, 104

(125) DÖV 1960, 832/833

(126) JZ 1961, 23

(127) a.a.O., S.32

(128) JR 1965, 406; im Ergebnis ähnlich Gebhardt, a.a.O., S.68 ff

doch erfolglos bliebe, nur unter besonderen Umständen der Anordnung entgegenstehen könne.

Die heftigsten Angriffe gegen die Rechtsprechung des BVerfG zu dieser Frage gehen von Arndt aus (129). Arndt vertritt zwar auch die Ansicht, der Zustand, der durch eine eA herbeigeführt werden könne, dürfe nicht den Rechtsstreit erledigen und gegenstandslos machen. Er meint jedoch, aus dieser Beschränkung für das Maß dessen, was anzuordnen zulässig sei, folge keine Begrenzung der Gründe, die zu beachten und die eine einstweilige Anordnung zu rechtfertigen geeignet seien (130). Das Gericht setze sich mit seiner eigenen Ansicht in Widerspruch, wenn es andererseits die Möglichkeit bejahe, eine Offensichtlichkeit der Verfassungsverletzung könne eine vorläufige Außer Vollzugsetzung gestatten. Im übrigen sei schon die Ausdrucksweise des Gerichts ungenau und unklar. Es gehe nicht darum, eine "Rechtsnorm" vorläufig außer Vollzug zu setzen, wozu das Gericht niemals befugt sei. Es gehe vielmehr darum, ob die "in der Form eines Gesetzes und mit dem Anspruch auf Rechtsgeltung ergangene Entscheidung der gesetzgebenden Organe" nach der Verfassung überhaupt eine Rechtsnorm sein könne. Daher sei Gegenstand weder des summarischen noch des Hauptverfahrens, eine Rechtsnorm einstweilen oder endgültig außer Kraft zu setzen, sondern den "Rechtsschein", den eine Entscheidung der zur Gesetzgebung zuständigen Verfassungsorgane bewirke, daraufhin zu prüfen, ob diese sich als eine Rechtsnorm nach Maßgabe der Verfassung erweise (131). Das Gericht sei nicht berufen, einem verfassungsgerechten Gesetzgebungsakt deshalb die Geltung zu versagen, weil er nach seiner Meinung dem gemeinen Wohl zuwiderlaufe. Die Frage nach den Erfordernissen des gemeinen Wohls sei keine materiellrechtliche, sondern eine prozeßrechtliche. Nur dann, wenn eine summarische Beurteilung dazu führe, daß - vorbehaltlich des endgültigen Erkenntnisses - ein Überwiegen der Gründe anzunehmen sei, die gegen die Verfassungsmäßigkeit einer von den gesetzgebenden Organen erlassenen Entscheidung vorgebracht seien, könne weiter erwogen werden, ob es auch notwendig sei, um des gemeinen Wohles willen von der prozessualen Möglichkeit einer eA Gebrauch zu machen.

Die an der Rechtsprechungspraxis des BVerfG geäußerte Kritik ist im Ergebnis nicht stichhaltig.

(129) NJW 1958, 337 f; DÖV 1959, 84 FN 15; JZ 1960, 488 f

(130) NJW 1958, 337

(131) NJW 1958, 337; DÖV 1959, 84; JZ 1960, 489

Zunächst zu den Angriffen von Arndt gegen die Terminologie des BVerfG: Arndt ist zuzustimmen, daß im Normenkontrollverfahren vor dem BVerfG gerade der Charakter eines von der Legislative gesetzten Aktes als "Rechtsnorm" zur Debatte steht. Streng logisch gesehen hat Arndt recht, wenn er dem BVerfG die Befugnis bestreitet, eine "echte" Rechtsnorm vorläufig außer Anwendung zu setzen, wenn feststünde, daß es sich um eine solche handelt. Andererseits kann sich aber im Normenkontrollverfahren herausstellen, daß der angegriffene Gesetzgebungsakt verfassungskonform ist und demnach - auch bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung über die eA - mehr war als ein bloßer "Rechtsschein". Das terminologische Problem ist hier nicht bedeutsam (132). Es geht für das Gericht lediglich darum, einen Weg zu finden, womit die Endentscheidung in der erforderlichen Weise "offengehalten" werden kann. Um einen Zeitraum der rechtlichen Ungewißheit überbrücken zu können, muß das Gericht in der Lage sein, auch eine "Rechtsnorm" im eigentlichen Sinne vorläufig außer Vollzug zu setzen. Es kann dies auch, wenn die erforderliche Güterabwägung ergeben hat, daß dies zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Genauso, wie die Entscheidung darüber, ob eine "Rechtsnorm" vorliegt, muß auch die Entscheidung über das Vorliegen eines bloßen "Rechtsscheines" erst in dem Haupterkenntnis gefällt werden. Ob das eine oder das andere gegeben ist, muß im Anordnungsverfahren offen bleiben. Die Behauptung, es handele sich um einen bloßen "Rechtsschein", greift somit auch unzulässigerweise der Endentscheidung vor.

Die Angriffe Arndts auf die Terminologie des Gerichts sind demnach unberechtigt.

Es ist auch keineswegs der Schluß zwingend, das BVerfG dürfe nur dann eine vorläufige Regelung treffen, wenn (positiv) eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme, also für den "Erfolg" der Hauptsache bestünde.

Das BVerfG hat demgegenüber eine klare Haltung bezogen und einen praktikablen Standpunkt eingenommen.

Das Gemeinwohl erfordert eine gründliche und nicht übereilte Prüfung der Rechtsfragen, bis zu deren Abschluß der Status quo tunlichst nicht angetastet werden soll.

(132) Beeser (DÖV 1960, 333) wirft Arndt insoweit eine "normfremde Argumentation" vor.

Die Entscheidung der strittigen Frage hängt letztlich davon ab, ob eine "summarische Rechtsprüfung" im verfassungsgerichtlichen Anordnungsverfahren erforderlich ist, damit das Gericht der ihm durch § 32 BVerfGG verliehenen Befugnis in wirksamer Weise gerecht werden kann. Eine vorläufige Sachprüfung könnte dann erforderlich sein, wenn nur auf diese Weise die Möglichkeit gegeben wäre, zu vernünftigen Ergebnissen zu gelangen.

Die Folge einer Berücksichtigung der streitigen Rechtsfragen und damit der Erfolgsaussichten der Hauptsache wäre, daß das BVerfG in einer Art Schnellprüfung die streitige Verfassungsfrage "über den Daumen peilen" und entscheiden müßte, welchen Argumenten das Übergewicht beizulegen ist.

Eine derartige Schnellprüfung will das Institut der eA aber gerade verhindern.

Es würde der Autorität und der Neutralität des BVerfG widersprechen, wenn es sich vorläufig den Rechtsstandpunkt eines der Beteiligten zu eigen machen würde. Auch darf der Erlaß einer eA nicht von etwas Ungewissem, nämlich von einer summarischen Abschätzung der Erfolgchancen in der Hauptsache, abhängig gemacht werden (133). Weiterhin spricht gegen eine Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, daß diese dann nicht mehr in dem erforderlichen Umfang "offengehalten" würde.

Damit verbunden wäre die Konsequenz, daß die Beteiligten und die Öffentlichkeit bereits aus dem Erlaß oder der Ablehnung einer beantragten eA Schlußfolgerungen - und das zu recht - auf die Endentscheidung ziehen würden. Da aber andererseits eine andere Beurteilung der umstrittenen Rechtsfrage in der Sachentscheidung möglich sein muß (134), würde die Berücksichtigung der Hauptsache im Anordnungsverfahren zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit führen.

Es hat daher bei folgender Regel zu bleiben:

Notwendig ist, daß der Antrag zur Hauptsache weder unzulässig noch offensichtlich unbegründet (bzw. begründet) ist, nicht erforderlich ist dagegen, daß für eine "erfolgreiche" Beendigung des Hauptverfahrens eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht (135).

(133) E 7, 367/371

(134) anderenfalls hätte die eA unzulässige präjudizielle Wirkung

(135) a.A. Helfferich, a.a.O., S.36, der eine dahingehende Fragestellung fordert, wie weit für die Begründetheit der eA von der Sache selbst her eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehe. Helfferich muß aber zugeben,

Es muß lediglich ein "Erfolg" des Hauptantrages möglich sein. Das ist aber immer schon dann der Fall - und damit schließt sich der Kreis wiederum -, wenn der Antrag zur Hauptsache nicht unzulässig und nicht offensichtlich unbegründet ist (wenn also das Rechtsschutzbedürfnis für eine eA besteht).

Es wäre deshalb unrichtig, in die materiellrechtlichen Voraussetzungen der eA neben die in § 32 Abs.1 BVerfGG genannten noch das Erfordernis hineinzulegen, daß der Antrag zur Hauptsache mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch Erfolg haben werde (136). Damit ist nicht ausgeschlossen, im Einzelfall - etwa unter dem Gesichtspunkt der Voraussetzung "dringend geboten" - eine eA gerade deshalb zu erlassen, weil für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme besonders gewichtige Gründe sprechen (137). Die eA ergeht dann aber nicht, weil das BVerfG die Rechtsfrage der Hauptsache "schnell" geprüft hat, sondern weil die allgemeinen Voraussetzungen des § 32 Abs.1 BVerfGG in besonders klar zutage tretender Weise vorliegen.

Die vom BVerfG angesprochene "beachtliche Rechtsunsicherheit", die dieser Regel entgegenzustehen scheint, bezieht sich nicht auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Hauptsache, sondern auf das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des § 32 Abs.1 BVerfGG.

Die eA soll also nur einer vorläufigen tatsächlichen, nicht einer vorläufigen rechtlichen Regelung dienen (138).

VI. DER ERLASS DER EA ALS ERMESSENSENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der Gesetzgeber hat die Entscheidung darüber, ob eine eA zu erlassen ist, in das Ermessen des BVerfG gestellt, wie sich aus der Formulierung "kann... erlassen" in § 32 Abs.1 BVerfGG ergibt.

Hieraus folgt, daß selbst bei Vorliegen aller den Erlaß einer eA rechtfertigenden Voraussetzungen kein Anspruch eines Beteiligten auf Erlaß einer eA besteht.

daß der Umfang der vom BVerfG dann vorzunehmenden Prüfung nicht im einzelnen festgelegt werden kann und dem "weisen Urteil" des Gerichts anheimgestellt werden muß.

(136) Das gilt - entgegen Fuß, DÖV 1959, 204 (III) - auch für "hochpolitische" Auseinandersetzungen

(137) vgl. E 11, 306/309; 12, 36/42

(138) E 15, 77/80

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dem BVerfG hier tatsächlich ein echtes Ermessen eingeräumt worden ist, oder ob die Formulierung in § 32 Abs.1 BVerfGG lediglich als Ermächtigung an das Gericht zu lesen ist, eA überhaupt erlassen zu dürfen (139).

Ob die in § 32 Abs.1 BVerfGG genannten Voraussetzungen für den Erlass einer eA gegeben sind, kann nicht im Ermessen des Gerichts liegen. Diese Merkmale bilden vielmehr die "Tatbestandsseite" des Rechtssatzes. Ihr Vorliegen kann nur positiv oder negativ beantwortet werden und darf nicht Gegenstand eines (Entschließungs-) Ermessens des BVerfG sein (140).

Aber auch wenn das Gericht die Voraussetzungen für den Erlass einer eA an sich für gegeben erachtet, ist es immer noch frei in seiner Entscheidung darüber, ob es dann tatsächlich eine solche vorläufige Regelung erläßt (141).

(139) Quaritsch, a.a.O., S.218 oben

(140) Quaritsch, a.a.O., S.217; Gebhardt, a.a.O., S.160

(141) vgl. z.B. Kretschmer, Justizblatt des Saarlandes 1961, 196; a.A. Quaritsch, a.a.O., S.218, für die eA im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Nach dieser Ansicht steht im richterlichen Ermessen allein die Wahl der Mittel zur Erreichung des Zieles der eA, nicht jedoch die Entscheidung über deren Erlass oder Nichterlaß.

Fünfter Teil

INHALT UND ANWENDUNGSBEREICH DER EINSTWEILIGEN ANORDNUNG

Erstes Kapitel: Die inhaltliche Begrenzung der eA

I. DER GESETZLICH FESTGELEGTE INHALT

1. Der gesetzliche Inhalt in § 32 Abs.1 BVerfGG

Eine nähere Umschreibung des möglichen Inhalts einer eA gibt § 32 Abs.1 BVerfGG nicht. Das Gesetz legt die Inhaltsbestimmung vielmehr ganz in die Hände des Gerichts, dem daher insoweit ein lediglich durch den Begriff und den Zweck der "vorläufigen Regelung" begrenztes Auswahlermessen zusteht(1).

Die Voraussetzungen für den Erlass einer eA umschreiben zugleich deren Inhalt. § 32 Abs.1 BVerfGG enthält nicht nur Bestimmungen über das "Ob", sondern auch über das "Wie" einer vorläufigen Regelung (2), die also auch ihrem Inhalt nach "aus einem wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten" sein muß.

Aus der Beschränkung auf eine "vorläufige Zustandsregelung" folgt, daß eine eA inhaltlich niemals die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen darf, weil dies mit einer provisorischen Regelung unvereinbar wäre (3).

Sonstige Einschränkungen des möglichen Inhalts einer eA enthält das Gesetz nicht, das auch angesichts der Mannigfaltigkeit der einzelnen Fallgestaltungen nicht allgemein sagen könnte, welche Maßnahmen ihrem Inhalt nach im Einzelfall dringend geboten sind.

2. Der gesetzliche Inhalt in den Sonderbestimmungen

Eine genauere Beschreibung inhaltlicher Art gibt das Gesetz in den "atypischen" Sonderfällen der eA, nämlich in den §§ 53, 58 Abs.1, 105 Abs.5 BVerfGG

(1) Quaritsch, a.a.O., S.351; Fuß, DÖV 1959, 208

(2) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.26 zu § 32; Fuß, DÖV 1959, 208 (VI)

(3) vgl. dazu oben S.61 und 94

und § 16 Abs.3 Wahlprüfungsgesetz, wo der Inhalt eines vorläufigen Erkenntnisses des Gerichts erschöpfend umrissen ist.

Eine eA im Verfahren der Bundespräsidentenanklage (§ 53 BVerfGG) kann nur dahin lauten, daß der Bundespräsident an der Ausübung seines Amtes verhindert sei.

Entsprechendes gilt bei dem Verfahren der Bundesrichteranklage (§ 58 Abs.1 in Verbindung mit § 53 BVerfGG).

Im Verfahren der Versetzung eines Richters des BVerfG in den Ruhestand (wegen dauernder Dienstunfähigkeit), ferner im Verfahren mit dem Ziel der Entlassung sowie im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens wegen eines Verbrechens oder Vergehens kann die eA nur zum Inhalt haben, daß der Verfassungsrichter vorläufig seines Amtes enthoben werde (§ 105 Abs.5 BVerfGG).

Im Wahlprüfungsverfahren schließlich kann die eA des BVerfG lediglich einen Beschluß des Bundestages aufheben, wonach der Abgeordnete bis zur Rechtskraft der Entscheidung nicht an den Arbeiten des Bundestages teilnehmen könne (§ 16 Abs.3 WahlprüfG) (4).

In diesen Sonderfällen verbleibt dem Gericht über den gesetzlich vorgesehenen Rahmen hinaus kein eigener Ermessensspielraum zur inhaltlichen Gestaltung der eA (5).

II. UMFANG UND GRENZEN DER DEM BVerfG EINGERÄUMTEN ANORDNUNGSBEFUGNIS

1. Keine Bindung an den Antrag der Beteiligten

Das BVerfG ist, was den Inhalt der eA angeht, aus mehreren Gründen nicht an einen Antrag der Beteiligten gebunden.

Einmal ergibt der Wortlaut des § 32 Abs.1 BVerfGG, daß der Gesetzgeber eine derartige Bindung jedenfalls nicht ausdrücklich gewollt hat.

Zum anderen ist das BVerfG schon hinsichtlich der Frage, ob eine eA ergehen soll, auf keinen Antrag angewiesen, sondern kann (innerhalb eines an-

-
- (4) a.A. Draht, a.a.O., S.84, der eAen in diesem Verfahren für unzulässig hält, dessen Ansicht aber durch die positive gesetzl.Regelung überholt ist.
(5) Geiger, Komm., 4 zu § 53; Helfferich, a.a.O., S.102; Gebhardt, a.a.O., S.167

hängigen Hauptverfahrens) auch von Amts wegen tätig werden (6). Dann kann es ebenfalls nicht an einen Antrag gebunden sein, wenn nur die inhaltliche Ausgestaltung der vorläufigen Maßnahme zur Debatte steht. Schließlich wären die Beteiligten in aller Regel, insbesondere etwa im Verfassungsbeschwerdeverfahren, nicht in der Lage, die aus wichtigem Grund zum Gemeinwohl dringend gebotene einstweilige Regelung zu übersehen und in ihren tatsächlichen Auswirkungen abzuwägen.

2. Schranken unmittelbar aus dem Grundgesetz

Das Zusammenspiel der drei - vom Volke ausgehenden - Staatsgewalten (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) ist von der Verfassung in sinnvoller Weise geordnet. Das GG postuliert nicht eine strenge Teilung der Gewalten, sondern überhöht den Grundgedanken der Gewaltentrennung zum Prinzip einer gegenseitigen Kontrolle, eines gegenseitigen Gleichgewichts und einer gegenseitigen Ergänzung mit unvermeidlichen Kompetenzüberschneidungen, die bei einer "chemisch reinen" Trennung nicht möglich wären. Nicht die Gewaltenteilung, sondern die Gewaltenhemmung steht also im Vordergrund.

Die eA muß sich in dieses Zusammenspiel der Gewalten einfügen. Sie darf demnach nicht die Schranken, die die Verfassung generell allen Staatsorganen und deren Akten setzt, verletzen (7).

Als einen besonders wesentlichen Ausfluß des Rechtsstaatsgedankens hat das GG in Art. 1 Abs. 3 die unmittelbare Bindungswirkung der Grundrechte für Legislative, Exekutive und Justiz, also auch für das BVerfG, verankert. Hieraus könnten sich gewisse Begrenzungen auch für die eA ergeben.

Aus Art. 18 GG, wonach das BVerfG die Verwirkung der dort aufgeführten Grundrechte und ihr Ausmaß "ausspricht", ergibt sich, daß dies nicht durch eine eA, sondern nur durch die endgültige Sachentscheidung erfolgen kann.

Zweifelhaft ist dagegen, ob mit Hilfe von eAen "vorläufige" Grundrechtsbeschränkungen im Vorstadium des Verwirkungsanspruches angeordnet werden können. Bedenken gegen eine vorläufige Beschränkung von Grundrechten bestehen insbesondere deswegen, weil nach dem GG diese Grundrechte nur im Rahmen der verfassungsgesetzlichen Vorbehalte einschränkt werden können (8).

(6) vgl. oben S. 53/54

(7) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 26 zu § 32; Geiger, Komm., 9 zu § 32

(8) siehe Artt. 8 Abs. 2; 10 Satz 2; 11 Abs. 2; 12 Abs. 1 Satz 2; 13 Abs. 3; 14 Abs. 1 Satz 2; 16 Abs. 1 Satz 2; 19 Abs. 1 GG

An anderen Stellen, etwa in den Artt.19, 20 Abs.3, 79 Abs.3 und 142, läßt das GG erkennen, daß ihm der ungestörte Genuß der Grundrechte höchstes Anliegen ist.

Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zu einer vorläufigen Beschränkung ist in Art.18 GG nicht vorgesehen. Lediglich die "Verwirkung" - als abschließendes Erkenntnis des Gerichts - soll vom BVerfG ausgesprochen werden können. Eine vorläufige Beschränkung von Grundrechten kann daher im Verfahren der eA nicht angeordnet werden (9).

Fuß (10) will sie allerdings bei "Feststellung einer akuten Gefahr für das Staatswohl" zulassen. Wegen der hierbei auftauchenden Abgrenzungsschwierigkeiten ist aber auch in diesen Fällen die Möglichkeit einer einstweiligen Grundrechtsbeschränkung abzulehnen.

3. Schranken aus den allgemeinen richterlichen Befugnissen

Schließlich können sich Inhaltsbegrenzungen einer eA aus den allgemeinen Befugnissen ergeben, die die Tätigkeit des Richters begrenzen.

Das BVerfG muß sich bei jeder eA bewußt bleiben, daß es als ein echtes Gericht tätig wird (11). Die eA kann also nicht etwa Maßnahmen anderer Verfassungsorgane ersetzen. Sie darf nicht ein Gesetz (12) oder einen Verwaltungsakt oder eine Maßnahme, die in ihrer Wirkung dem Enderkenntnis des Gerichts einer anderen Gerichtsbarkeit gleichkäme, erlassen oder ändern (13).

Dem steht jedoch nicht entgegen, daß das Gericht sich für befugt hält, einen durch eA geschaffenen Schwebezustand durch eine endgültige Regelung zu ersetzen (14).

Es scheiden aber alle die Maßnahmen aus, die eine Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten oder zu Eingriffen in die Regierungsfunktion voraussetzen (15). Das Gericht hat klar erkannt, daß eine eA nicht als Mittel gedacht ist, die

(9) Geiger, Komm., 9 zu § 32; Gebhardt, a.a.O., S.171

(10) DÖV 1959, 209 (VI 1)

(11) Auf die mögliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der eA durch das Erfordernis der Justiziabilität wurde bereits hingewiesen, vgl.oben S.44 ff

(12) E 1,14/65; Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.27 zu § 32

(13) Fuß, DÖV 1959, 209 (VI 2)

(14) E 1, 14/65

(15) E 3,52/55; 3,267/285; 11,102/104; vgl. auch Lechner, Komm., 4 zu § 32 Abs.1

Verantwortung für politische Entscheidungen, die einzelnen Verfassungsorganen im Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen obliegen, dem BVerfG zuzuschieben (16).

Zweifelhaft ist es, ob das BVerfG durch eA einer Behörde den Erlaß eines bestimmten Verwaltungsaktes auferlegen kann (17). Wenn das Gericht sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltungsbehörde setzen müßte, ist eine solche Befugnis abzulehnen (18).

Das Gericht könnte den gesetzgebenden Körperschaften nicht den Erlaß einer Rechtsnorm durch eA auferlegen. Es muß seine Entscheidungen stets so einrichten, daß es nicht selbst positiv gestaltet, sondern nur die Gewalten kontrolliert (19). Andernfalls würde es über die ihm von der Verfassung zugewiesene Aufgabe hinausgehen.

4. Orientierung an der möglichen Entscheidung in der Hauptsache

Zwar ist die eA neben der Entscheidung in der Hauptsache eine selbständige Rechtsschutzform (20). Dennoch könnte der Inhalt der eA durch den möglichen Inhalt der Endentscheidung begrenzt sein. Falls diese z.B. nur ein feststellendes Erkenntnis zuläßt, dann könnte u.U. auch die eA nur feststellenden Inhalt haben. Wäre dies so, dann würde der Inhalt einer eA aber in zu starkem Maße eingeschränkt, was dem Zweck einer vorläufigen Regelung zuwiderlaufen würde (21).

Eine eA ist daher inhaltlich nicht an den jeweils zulässigen Tenor der entsprechenden Hauptentscheidung gebunden (22).

Doch darf sie nicht etwas anordnen, was nicht auch (wenigstens implicite) Inhalt der Hauptentscheidung sein könnte (23).

(16) E 3, 52/57

(17) bejahend Fuß, DÖV 1959, 209 (VI 2), sofern der Ermessensbereich des betroffenen Organs beachtet wird.

(18) Helfferich, a.a.O., S.100

(19) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.11 zu § 32

(20) vgl. oben S.91

(21) Fuß, DÖV 1959, 209 (VI 3)

(22) Fuß, DÖV 1959, 203 (II 2); Mosler, a.a.O., S.275

(23) E 7, 99/105; 16, 220/226

Wenn das Gericht in der Hauptentscheidung z.B. nach § 95 BVerfGG nur eine Entscheidung, die das GG verletzt, aufheben und feststellen kann, welche Verfassungsnormen durch die angegriffene Handlung oder Unterlassung verletzt worden sind, dann kann es nicht über die Beseitigung der Beschwerde hinaus einem Hoheitsträger ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht machen (24).

III. MÖGLICHE MASSNAHMEN IM RAHMEN EINER EA

Welcher Art die im Rahmen einer eA zulässigen Regelungen sind, muß dem Begriff der "vorläufigen Regelung eines Zustandes" entnommen werden. Das Gericht muß alle die Maßnahmen treffen können, die zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sind.

1. Negative oder positive Maßnahmen

Da über den möglichen Inhalt einer eA keine näheren Vorschriften bestehen, ist auch nichts darüber gesagt, ob das BVerfG sich darauf zu beschränken hat, eine Maßnahme zu stoppen, oder ob es auch positive, gebietende Anordnungen treffen kann.

Das Gericht ist keineswegs darauf beschränkt, den Streitbeteiligten ein bloßes Stillhalten aufzuerlegen, wenn die eA auch in den meisten Fällen lediglich konservierend, hemmend oder abbauend wirken wird (25). Vielmehr sind auch positive vorläufige Anordnungen möglich (26) (27).

Der Anwendungsbereich positiver, gebietender eAen ist jedoch eingengt, weil hier in besonderem Maße die dem BVerfG als Gericht gezogenen Grenzen zu beachten sind (28). Positive Maßnahmen berühren stets mehr als nur negative den Bereich der von ihnen Betroffenen.

(24) E 14, 192/193

(25) Fuß, DÖV 1959, 209 (VI 2); E 8, 42/46

(26) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 27 zu § 32; Schlitzberger, JR 1965, 407; Gebhardt, a.a.O., S. 165

(27) Zu unterscheiden von derartigen positiven Anordnungen sind die nach § 35 BVerfGG möglichen Vollstreckungsanordnungen; vgl. Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 14 und 15 zu § 32, wo diese Unterscheidung nicht deutlich vorgenommen wird.

(28) Helfferich, a.a.O., S. 99; Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 27 zu § 32

2. Die "geeignete" Maßnahme im Rahmen der eA

Während die Endentscheidung eine den Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten endgültig wiederherstellende Konfliktlösung bringen muß, dient die eA anderen Zwecken. Die Mittel zur Regelung eines vorläufigen Zustandes bedürfen nicht der Schärfe des Endurteils. Daher können sie bald milder, bald durchgreifender sein, wobei sie stets an ihrem Zweck und am Einzelfall ausgerichtet sein müssen. Die Auswahl der zu treffenden Maßnahmen trifft das Gericht im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens (29).

Die eA darf immer nur den geringsten Eingriff in den verfassungsrechtlich streitigen Geschehensablauf, mit dem das bezweckte Ziel erreicht werden kann, anordnen. Lediglich der geringste, mildeste und sich auf das Notwendige beschränkende Eingriff ist "dringend geboten" (30).

Die durch eine eA angeordnete Maßnahme muß ferner die mit ihr bezweckte Aufgabe erfüllen können, also geeignet sein, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels zu beachten ist (31). Die geeignete Maßnahme soll verhindern, daß trotz Erlasses einer eA Nachteile eintreten, die bei vorheriger sachgerechter Prüfung vermeidbar gewesen wären, weil sich dabei die mangelnde Eignung der Maßnahme für den geforderten Zweck herausgestellt hätte (32).

Der Beurteilungsmaßstab muß auch hier letztlich vom "Gemeinwohl" her gewonnen werden.

Das Abstellen auf die geeignete Maßnahme verhindert schließlich ein zu starkes Eingreifen des BVerfG in die Funktionen der anderen Verfassungsorgane, Behörden oder Gerichte und vermeidet damit eine Schwächung der übrigen demokratischen Gewalten zugunsten eines "gouvernement des juges".

(29) Lechner, Komm., 4 zu § 32 Abs.1

(30) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.26 und 28 zu § 32; Geiger, Komm., 3 zu § 32; Pfeiffer, a.a.O., S.283

(31) Lechner, Komm., 4 zu § 32 Abs.1

(32) Helfferich, a.a.O., S.101. So war etwa nach E 3,52/57 eine eA nicht geeignet, die Unzufriedenheit der Beamten in anderen Ländern, die keine Weihnachtzuwendungen erhalten hatten, zu beheben, weil diese Unzufriedenheit sich weniger gegen die Auszahlung der Zuwendungen in einzelnen Ländern als vielmehr gegen die Versagung in den übrigen Ländern gerichtet hatte.

2. Kapitel: Der Anwendungsbereich der eA

A. Die eA innerhalb des Zuständigkeitskataloges des BVerfGG

I. VORBEMERKUNG

Im Rahmen der Untersuchung der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist bereits darauf verwiesen worden, daß das BVerfGG nur dann eine eA erlassen darf, wenn es nach dem Katalog des § 13 BVerfGG zu einer Entscheidung in der Verfahrensart berufen ist (1).

Wenn auch durch die Stellung des § 32 BVerfGG eine Art "Vermutung" für die allgemeine Geltung dieser Norm spricht, so ist doch zu untersuchen, ob tatsächlich in jedem der in § 13 BVerfGG aufgezählten Verfahrensarten eAen denkbar und zulässig sind. Die Frage nach der "Verträglichkeit" provisorischer Maßnahmen innerhalb aller Verfahren soll daher unabhängig von der systematischen Stellung des § 32 im Gesetz auf Grund von sachlichen Erwägungen beantwortet werden.

II. EINZELUNTERSUCHUNG (2)

1. Kontradiktorische Streitverfahren

Bei diesen Verfahren stehen sich oberste Staatsorgane innerhalb des Bundes oder Glieder des Bundesstaates gegenüber, wobei der Kläger geltend macht, durch das Verhalten des anderen Teils in seinen verfassungsmäßigen Rechten und Pflichten verletzt zu sein (3).

(1) vgl. oben S.41/42

(2) Die Verfahrensarten werden nicht in der Reihenfolge des § 13 BVerfGG dargestellt, vielmehr in sachlich zusammengehörige Gruppen aufgeteilt, nämlich in kontradiktorische Streitverfahren, objektive Verfahren, Anklage- und Anfechtungsverfahren; vgl. dazu Friesenhahn, Verf.-Ger., S.91/92

(3) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.91; E 1, 208/221

a) Organstreitigkeiten des Bundes

(Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG; §§ 13 Nr. 5, 63 bis 67 BVerfGG)

Die (endgültige) Entscheidung in einer Organstreitigkeit hat nach § 67 BVerfGG lediglich feststellenden Charakter, nämlich "ob die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt".

Bedenken gegen die Zulässigkeit von eAen im Rahmen von Organstreitigkeiten hat insbesondere Mosler geltend gemacht (4). Er hält vorläufige Maßnahmen in diesen Verfahren für unvereinbar mit dem Gewaltenteilungsprinzip. Das BVerfG als Verfassungsorgan könne nicht anderen Verfassungsorganen in Form von eAen Befehle erteilen. Im Streit zwischen Bundesorganen sei die eA daher systemwidrig (5).

Mosler geht von den beiden Motiven für das Rechtsinstitut der eA im Prozeßrecht aus, nämlich von der Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung bis zur Rechtskraft der Entscheidung, sowie von dem Mißtrauen gegenüber dem Beklagten, daß er den Kläger inzwischen der Früchte des etwa obsiegenden Urteils berauben werde (6).

Während er das erste der beiden Motive in jedem Verfahren vor dem BVerfG für ein legitimes Anliegen hält, soll das zweite Motiv, das "Mißtrauen", im Verfassungsstreit zwischen Bundesorganen nicht gerechtfertigt sein (7). Das Urteil im Organstreit treffe keine Feststellung über ein zwischen den Beteiligten bestehendes Rechtsverhältnis, sondern stelle nur fest, daß ein Organ das GG verletzt habe. Damit sei dem Grundsatz der Gewaltenteilung auch für den Organstreit Rechnung getragen.

Dieser Grundsatz dürfe nur dann durchbrochen werden, wenn dies ausdrücklich vorgesehen sei. Aus der Rechtsstellung des BVerfG im System des GG könnten ohne Anknüpfung an eine klare Verfassungsbestimmung keine Schlüsse auf eine Überschneidung der Gewalten zugunsten des Gerichts gefolgert werden. Der einfache Gesetzgeber könne nicht ein Prinzip einführen, das die Verfassung abgelehnt habe (8). Im übrigen sei jedes Organ Hüter der Verfassung in seinem Einwirkungsbereich, und seine bona fides werde vermutet. Es liege

(4) a.a.O., S. 271 ff

(5) a.a.O., S. 274

(6) a.a.O., S. 274

(7) a.a.O., S. 275

(8) a.a.O., S. 276

daher in der pflichtgemäßen, nach den Bestimmungen des GG zu verantwortenden Ermessensentscheidung des zuständigen Organs, welche Konsequenzen es aus der Rechtshängigkeit eines Organstreites ziehe. Der Gesetzgeber habe die ihm durch das GG gezogenen Grenzen (Art. 94 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 1) überschritten, indem er die Fälle der Organstreitigkeiten in § 32 BVerfGG nicht ausgenommen habe; daher widerspreche diese Vorschrift insoweit dem GG (9).

Abgesehen davon, daß Moslers Kritik an der konkreten Entscheidung (10) schon deshalb unberechtigt ist, weil es sich dabei nicht um einen Organstreit, sondern um ein bei völkerrechtlichen Verträgen bereits nach der Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften - also vor dem eigentlichen Ratifizierungsakt - zulässiges Normenkontrollverfahren gehandelt hat (11), kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden.

Mosler verkennt die Schärfe und Dynamik politischer Auseinandersetzungen auch zwischen Bundesorganen. Bestünde nicht die Möglichkeit zum Erlass von eAen, müßten die beteiligten Organe einen gütlichen Ausgleich zur Bereinigung ihrer Differenzen suchen. Eine solche Kompromißbereitschaft bis zur endgültigen Entscheidung erfordert eine Zurückhaltung der Parteien, für die kein Anreiz besteht, sobald feststeht, daß der Streit doch durch den Hoheitsakt eines dritten Organs entschieden wird (12).

Weiterhin ist Moslers Ansicht entgegenzuhalten, daß das BVerfG aus der Reihe der übrigen Verfassungsorgane herausgehoben ist. Es soll als Hüter der Verfassung eine Sonderstellung einnehmen, kraft der ihm (unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen) eine Interventionsbefugnis gegenüber Legislative, Exekutive und "sonstiger" Justiz zusteht.

Es wurde bereits festgestellt, daß die eA im Verhältnis zur Hauptentscheidung ein Aliud, kein bloßes Minus darstellt (13). Daher steht ihrer Zulässigkeit in dieser Verfahrensart nicht entgegen, daß sie im Einzelfall über einen rein feststellenden Inhalt hinausgehen und positiv gestaltende Anweisungen treffen kann (14).

(9) a.a.O., S. 277

(10) E 1, 281 ff

(11) richtig Fuß, DÖV 1959, 203 FN 12

(12) Fuß, DÖV 1959, 202 (I 3)

(13) vgl. oben S. 91

(14) vgl. oben S. 107

Demnach sind auch in Organstreitigkeiten auf Bundesebene eAen möglich (15).

b) Bund-Länder-Streitigkeiten

(Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG; §§ 13 Nr. 7 und 68 bis 70 BVerfGG)

Die Anwendung von eAen in diesem Verfahren ist nicht zweifelhaft (16), auch wenn die Entscheidung in der Hauptsache nur feststellenden Inhalt hat (17).

Friedrich Klein (18) hält zwar den Erlaß von eAen im Bereich der Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern dann für unzulässig, wenn diese Streitigkeiten nicht aus einem Koordinations-, sondern aus einem Subordinationsverhältnis zwischen Bund und Ländern stammen. Diese Ansicht ist jedoch vor Erlaß des BVerfGG geäußert worden; heute ist für diese Unterscheidung kein Raum mehr.

Die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für eine eA bei der Möglichkeit des Bundeszwanges ist bereits behandelt worden (19).

c) Andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes

(Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG; §§ 13 Nr. 8 und 71 bis 72 BVerfGG)

Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG faßt drei Arten von Streitigkeiten zusammen: Verfassungsrechtliche Streitigkeiten innerhalb eines Landes, öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und Ländern und schließlich öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art zwischen verschiedenen Ländern. Gemeinsam ist diesen drei Gruppen die lediglich subsidiäre Zuständigkeit des BVerfG (20).

Ein "anderer Rechtsweg" für verfassungsrechtliche Streitigkeiten innerhalb eines Landes ist dann gegeben, wenn die Landesverfassung zur Entscheidung solcher Organstreitigkeiten ein eigenes Landesverfassungsgericht eingerichtet

(15) E 12, 276 ff; Gebhardt, a.a.O., S. 103

(16) E 1, 1; 3, 52/55; 8, 42; 12, 36/39

(17) Im Urteil stellt das Gericht fest, ob die vom Antragsteller beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners gegen das GG verstößt, § 69 in Verbindung mit § 67 BVerfGG

(18) DVBl 1950, 230/231

(19) vgl. oben S. 71

(20) "...soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist..."

tet hat (21), ferner für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und einem Land, die nach § 50 Abs.1 Nr.1 VwGO vor das BVerwG gehören. Auch bei den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen verschiedenen Ländern ist das BVerwG für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten zuständig (22). Vor das BVerfG gehören nur solche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus der gemeinsamen Einordnung in den Bundesstaat ergeben, sowie solche, in denen die Länder sich als quasi-selbständige Staaten gegenüberstehen (23).

Bedenken gegen die Zulässigkeit von eAen in diesen drei Verfahrensarten bestehen nicht (24).

d) Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes
(Art. 99 GG; §§ 13 Nr.10 und 73 bis 75 BVerfGG)

Von der in Art. 99 GG vorgesehenen Möglichkeit, durch Landesgesetz dem BVerfG die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes zuzuweisen, hat lediglich Schleswig-Holstein Gebrauch gemacht (25). Die übrigen Länder der Bundesrepublik haben zur Erledigung von landesinternen verfassungsrechtlichen Streitigkeiten eigene Landesverfassungsgerichte etabliert (26).

Auch im Rahmen dieser Streitigkeiten kann sich die Notwendigkeit zum Erlaß einer eA ergeben, wonach einem obersten Organ eines Landes oder einem mit eigenen Rechten ausgestatteten Teil dieses Organs ein "Stillhalten" bis zur Endentscheidung des Gerichts auferlegt wird.

§ 75 BVerfGG erklärt ausdrücklich die allgemeinen Vorschriften des II. Teils des Gesetzes für entsprechend anwendbar. Damit ist auch auf § 32 BVerfGG verwiesen
(27).

(21) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.107

(22) vgl. § 50 Abs.1 Nr.1 VwGO

(23) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.120

(24) z.B. E 3, 267/279

(25) vgl. Art. 37 der Schleswig-Holsteinischen Landessatzung vom 13.12. 1949, GVBl. 1950, S.3

(26) Die besondere verfassungsrechtliche Situation Berlins kann in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben.

(27) Friedrich Klein (DVBl 1950, 230/231) hält (unter Berufung auf Schüle, a.a.O., S.77) hier ebenfalls eAen für unzulässig, weil sich keine einander gleichwertigen Gegner als Parteien gegenüberstehen. Diese Ansicht ist durch das BVerfGG überholt.

2. Objektive Verfahren

Hierunter versteht man solche Verfahren, in denen auf Antrag eines hierzu Berechtigten die ordnungsgemäße Bildung von Staatsorganen, die Einhaltung der verfassungsrechtlich festgelegten Zuständigkeiten, die förmliche und sachliche Übereinstimmung der Akte von Staatsorganen mit der Verfassung geprüft, insbesondere über Geltung oder Qualität einer Norm entschieden wird (28).

a) Abstrakte Normenkontrolle

(Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG; §§ 13 Nr. 6 und 76 bis 79 BVerfGG)

Das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle hat zum Ziel, auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages (§ 76 BVerfGG) einen verbindlichen Ausspruch des BVerfG (29) darüber herbeizuführen, ob eine Rechtsnorm mit Bundesrecht förmlich und sachlich vereinbar ist oder nicht.

Der Inhalt einer derartigen Hauptentscheidung ist in § 78 BVerfGG bestimmt. Kommt das Gericht zur Unvereinbarkeit einer Norm mit Normen höheren Ranges, "so stellt es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest". Nach überwiegender Meinung ist dieser Ansspruch des Gerichts lediglich deklaratorischer Natur (30). Eine mit höherrangigen Normen unvereinbare Vorschrift ist zu keiner Zeit gültiges "Recht" gewesen, hat vielmehr lediglich einen "Rechtsschein" begründet (31). Doch kann diese Nichtigkeit erst auf Grund der Entscheidung des BVerfG geltend gemacht werden.

Das Gericht muß in den meisten Fällen - nur wenige Gesetze oder Einzelvorschriften tragen das Kainsmal der Verfassungswidrigkeit "offen auf der Stirn" - in eine umfangreiche und schwierige Rechtsprüfung eintreten, die längere Zeit in Anspruch nimmt. Es ist daher erforderlich, daß zur Abwehr schwerer Schäden vom Gemeinwohl ein umstrittenes Gesetz vorläufig "suspendiert"; also bis zur Entscheidung der Hauptsache außer Anwendung, außer Vollzug ge-

(28) Friesenhahn, Verf.-Ger., S. 92; E 1, 396/407; 2, 143/151

(29) vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG, wonach in diesen Fällen eine Entscheidung des Gerichts Gesetzeskraft hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Rechtsnorm für nichtig oder für gültig erklärt wird; Geiger, Komm., 10 zu § 31

(30) Maunz, Staatsrecht, S. 265; Friesenhahn, Verf.-Ger., S. 135

(31) Arndt, DÖV 1959, 84; BB 1960, 993

setzt werden kann. Das BVerfG hat diese Möglichkeit bejaht (32), dabei jedoch betont, daß nur besonders schwerwiegende Gründe des Gemeinwohls einen derartigen Eingriff in die Legislative rechtfertigen könnten. Folgerichtig hat es in der vorläufigen Außervollzugsetzung von Gesetzen größte Zurückhaltung geübt und bisher im Rahmen von Normenkontrollverfahren lediglich sog. "Maßnahmegesetze" vorläufig suspendiert (33).

Die eA kann das gesamte Gesetz oder auch nur einzelne Bestimmungen des Gesetzes einstweilen außer Vollzug setzen, wobei darauf zu achten ist, daß sie sich auf das unumgänglich Notwendige zu beschränken hat.

Auch hat die Frage der Wahrscheinlichkeit einer Verfassungswidrigkeit des umstrittenen Gesetzes bei der Entscheidung über den Erlaß einer eA völlig außer Betracht zu bleiben (34).

Im Schrifttum sind Bedenken gegen die Zulässigkeit von eAen im Normenkontrollverfahren aufgetaucht (35) mit der Begründung, das Gericht müßte sich dann, wenn auch nur vorläufig, den Rechtsstandpunkt des Antragstellers zu eigen machen und seine endgültige Entscheidung vorwegnehmen. Dieses der Rechtsprechung des StGH für das Deutsche Reich (36) entnommene Argument übersieht, daß die eA gerade ohne Prüfung der Hauptsache ergeht und diese damit in jedem Fall "offenhält".

b) Fälle der konkreten Normenkontrolle

aa) Konkrete Normenkontrolle nach Art.100 Abs.1 GG (§§ 13 Nr.11 und 80 bis 82 BVerfGG)

Die konkrete Normenkontrolle (37) hängt eng mit dem sog. richterlichen Prüfungsrecht zusammen.

(32) z.B. E 1, 85/86; 1, 281/282; 2, 103; 7, 367/370; 12, 36/39

(33) E 1, 1 ff; 7, 367 ff; 7, 374 ff

(34) vgl. dazu oben S.94 ff

(35) Lechner, Komm., 1.Aufl.1954, 3 a zu § 32 Abs.1; gegen eAen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren des § 47 VwGO hinsichtlich Rechtsvorschriften im Range unter dem Landesgesetz: Eyermann-Fröhler, VwGO, 4.Aufl., München und Berlin 1965, Rdz.37 zu § 47, und Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2.Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn 1962, III 3 zu § 47; a.A. Klotz, DÖV 1966, 186/189

(36) RGZ 129, Anh.30/31

(37) Der Name erklärt sich daher, weil die Gültigkeit der Norm aus einem bestimmten anhängigen Rechtsstreit heraus geprüft wird; vgl. Friesenhahn, Verf.-Ger., S.136

Jede Anwendung von Rechtssätzen in einem gerichtlichen Verfahren enthält nämlich eine Normenkontrolle. Der Richter, gebunden an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), kann nur dann eine Rechtsnorm seiner Entscheidung zugrunde legen, wenn er - zumindest inzidenter - deren Verfassungsmäßigkeit bejaht hat.

Während zur Zeit der Weimarer Verfassung jedes Gericht in einem bei ihm anhängigen Streitfall die Verfassungsmäßigkeit einer Norm prüfen und zu dem Ergebnis kommen konnte, daß in diesem Fall eine Anwendung der Norm nicht mit der Verfassung vereinbar sei, hat das GG die "Verwerfungskompetenz" von Bundesgesetzen beim BVerfG konzentriert. Diese ausschließliche Verwerfungskompetenz des BVerfG soll verhindern, daß jedes beliebige Gericht sich über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt und einem ordnungsgemäß zustande gekommenen Gesetz die Anwendung versagt.

In der endgültigen Entscheidung im Rahmen dieses Verfahrens entscheidet das BVerfG lediglich über die "Rechtsfrage" (§ 81 BVerfGG), nämlich über die Vereinbarkeit der Norm mit dem GG. Die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits vor dem ein Erkenntnis über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm einholenden Gericht verbleibt diesem.

Zweifelhaft könnte die Möglichkeit einer eA in dieser Verfahrensart deshalb sein, weil das Prozeßgericht das Verfahren bis zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Norm ausgesetzt hat, so daß in aller Regel daneben eine vorläufige Maßnahme nicht erforderlich sein dürfte (38).

Nur dann könnte eine eA in Betracht kommen, wenn das Prozeßgericht den Rechtsstreit noch vor Beendigung des verfassungsgerichtlichen Zwischenverfahrens fortsetzen und die umstrittene Norm seiner Entscheidung zugrunde legen wollte, bevor das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm entschieden hätte. Das BVerfG könnte dann dem Prozeßgericht durch eA die Fortsetzung des wiederaufgenommenen Verfahrens verbieten (39).

Helferich (40) hat nachgewiesen, daß der Aussetzungsbeschluß nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG ein "echter" Aussetzungsbeschluß ist, für den die Vorschrift-

(38) vgl. Helferich, a.a.O., S. 85. Nach Lechner (Komm., 3 a zu § 32 Abs. 1) kommt eine eA hier nicht in Betracht; zweifelnd Stratenwerth (JZ 1957, 300) mit der Begründung, daß dann möglicherweise kein "Streitfall" im Sinne des § 32 Abs. 1 BVerfGG vorliege.

(39) Helferich, a.a.O., S. 85

(40) a.a.O., S. 86 und 87

ten der §§ 148, 150 ZPO entsprechend zur Anwendung kommen. Daraus folgt, daß das Prozeßgericht seinen Aussetzungsbeschluß wieder aufheben kann.

Eine Aufhebung muß aber dann ausgeschlossen sein, wenn das Prozeßgericht seine Meinung über die Verfassungswidrigkeit der umstrittenen Norm geändert hat und diese nun doch als verfassungsgemäß anwenden will. Es kommt vielmehr nur dann eine Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses in Betracht, wenn das Gericht seine Entscheidung ohne Rücksicht auf die umstrittene Norm treffen kann (41).

Die Notwendigkeit, im Rahmen der konkreten Normenkontrolle eine eA zu erlassen, wird sich somit nur sehr selten ergeben.

bb) Zweifelsfälle über die Anwendung von Regeln des Völkerrechts
(Art.100 Abs.2 GG; §§ 13 Nr.12 sowie 83 und 84 BVerfGG)

Nach Art.100 Abs.2 GG hat das Prozeßgericht die Entscheidung des BVerfG einzuholen, wenn in einem Rechtsstreit zweifelhaft ist, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den einzelnen erzeugt. Art.25 GG weist diese Frage als eine verfassungsrechtliche aus. Nach dieser Norm sind die Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.

Hier handelt es sich um eine besondere Art der konkreten Normenkontrolle (42). Nur geht es hier nicht darum, ob eine Norm mit dem GG vereinbar ist oder nicht, sondern ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist.

Hinsichtlich der Möglichkeit zum Erlaß von eAen ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber dem Fall des Art.100 Abs.1 GG

cc) Abweichungen von Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte von solchen des BVerfG

(Art.100 Abs.3 GG; §§ 13 Nr.13 und 85 BVerfGG)

Auch hier liegt ein Sonderfall der konkreten Normenkontrolle vor.

(41) das ist z.B. bei der Erledigung der Hauptsache, bei einem Anerkenntnis usw. der Fall.

(42) Maunz, Staatsrecht, S.270; a.A. Geiger, Komm., 4 zu § 83, der einen Fall der abstrakten Normenkontrolle annimmt.

Will das Verfassungsgericht eines Landes bei der Auslegung des GG von einer Entscheidung des BVerfG oder des Verfassungsgerichts eines anderen Landes abweichen, so muß es die Entscheidung des BVerfG einholen.

Hinsichtlich der eA gilt das zur konkreten Normenkontrolle nach Art.100 Abs.1 GG Gesagte entsprechend.

c) Fortgelten von Recht als Bundesrecht

(Art.126 GG; §§ 13 Nr.14 und 86 bis 89 BVerfGG)

Art.126 GG überträgt dem BVerfG einen weiteren Fall der Entscheidung in Normenkontrollverfahren.

Je nachdem, ob die Streitfrage über die Fortgeltung von vorkonstitutionellem Recht als Bundesrecht im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits oder außerhalb eines solchen auftaucht, handelt es sich um eine Unterart der konkreten oder der abstrakten Normenkontrolle (43).

Hier gilt für die Möglichkeit, eAen zu erlassen, das für die abstrakte bzw. konkrete Normenkontrolle Gesagte entsprechend.

d) Wahlprüfungsverfahren

(Art.41 Abs.2 GG; §§ 13 Nr.3, 48 BVerfGG)

Das GG hat in Art.41 Abs.1 Satz 1 die "Wahlprüfung" dem Bundestag zugewiesen (44).

Nach Abs.2 des Art.41 GG ist als alleiniger Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung des Bundestages die Beschwerde an das BVerfG zulässig (45). Das in Ausführung des Verfassungsauftrages (Art.41 Abs.3 GG) ergangene Wahlprüfungsgesetz vom 12.3.1951 (46) enthält nähere Bestimmungen über das Verfahren, dessen Ziel die Feststellung der ordnungsmäßigen Besetzung des Parlaments ist.

(43) vgl. § 86 Abs.1 und 2 BVerfGG; Friesenhahn, Verf.-Ger., S.147

(44) Aus der Stellung dieser Norm unter dem Abschnitt "III. Der Bundestag" folgt, daß hierunter lediglich die Überprüfung der Wahl der Abgeordneten zum Deutschen Bundestag gemeint ist.

(45) In § 48 BVerfGG ist geregelt, wer diese Beschwerde einlegen darf

(46) BGBl. I, S.166

Der Ausdruck "Beschwerde" an das BVerfG ist hier irreführend und systemwidrig (47). Im prozeßrechtlichen Sinne wird hierunter nämlich ein Rechtsmittel (mit Suspensiv- und Devolutiveffekt) innerhalb eines einheitlichen Verfahrens an ein dem entscheidenden Organ im Instanzenzug übergeordnetes Organ verstanden. Hier besteht aber kein "Instanzenzug" vom Parlament zum BVerfG. Art.41 Abs.2 GG eröffnet vielmehr ein neues Verfahren. Die parlamentarische Entscheidung wird auf die Beschwerde hin in einem gerichtlichen Verfahren überprüft (48).

Das Wahlprüfungsgesetz enthält in § 16 Abs.3 eine Sonderregelung für eine eA innerhalb dieses Beschwerdeverfahrens vor dem BVerfG mit erheblich engeren Bestimmungen über deren Voraussetzungen und Inhalt.

Eine eA kann demnach nur in einem anhängigen Verfahren ergehen, nämlich nur, falls tatsächlich Beschwerde von einem der in § 48 BVerfGG angeführten Beschwerdeberechtigten eingelegt wird. Sie kann ferner nur auf Antrag des Beschwerdeführers ergehen, nicht von Amts wegen. Hat der Bundestag den "umstrittenen" Abgeordneten vorläufig von seiner Tätigkeit suspendiert, so kann die eA nur den Inhalt haben, diesen Beschluß aufzuheben. Ist ein derartiger Beschluß nicht gefaßt, so kann eine eA nur anordnen, daß der Abgeordnete bis zur Rechtskraft der Entscheidung des BVerfG über die Beschwerde nicht an den Arbeiten des Bundestages teilnehmen kann (§ 16 Abs.2 WahlprüfG).

Angesichts der Sonderregelung des § 16 Abs.3 WahlprüfG stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis hierzu § 32 BVerfGG steht.

Drei Möglichkeiten sind denkbar:

- 1.) § 16 WahlprüfG und § 32 BVerfGG stehen völlig selbständig nebeneinander. Die eine Regelung hat mit der anderen nichts zu tun.
- 2.) § 16 WahlprüfG ist eine abschließende Sonderregelung, die die Anwendung des § 32 BVerfGG völlig ausschließt.
- 3.) § 16 WahlprüfG trifft nur eine teilweise selbständige Regelung einer eA, bedarf aber der Ergänzung und Ausfüllung durch § 32 BVerfGG.

ad 1.) Die Ansicht, daß es sich hier um zwei völlig voneinander unabhän-

(47) Geiger, Komm., 8 zu § 13 und Vorbem. 3 vor § 48; Friesenhahn, Verf.-Ger., S.172

(48) Eine Parallele hierzu findet sich in der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage. Auch hier wird ein zum Bereich der Exekutive gehörender Hoheitsakt von einem Gericht überprüft.

gige Institute handelt (48a), dürfte kaum dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers entsprechen. Das BVerfGG und das WahlprüfG sind an demselben Tag in Kraft getreten. Ihre parlamentarische Bearbeitung lief daher auch parallel. Wenn daher der Gesetzgeber dem BVerfG eine Kompetenz zum Erlass von eAen übertragen hat, so wollte er damit dem Gericht ein einheitliches Instrument in die Hand geben. Es wäre nicht einzusehen, weshalb der Begriff "einstweilige Anordnung" in diesen beiden Gesetzen unterschiedlich gebraucht würde. Es ist daher davon auszugehen, daß in § 16 Abs.3 WahlprüfG und § 32 BVerfGG ein und derselbe Begriff der eA gemeint ist.

ad 2.) Zweifel tauchen dagegen bei der Frage auf, ob zwischen den beiden Vorschriften "Gesetzeskonkurrenz" in Form der Spezialität besteht. Bejaht man dies, so wäre die eA im Wahlprüfungsverfahren abschließend in § 16 Abs. 3 WahlprüfG geregelt.

Ein Blick auf die Gesetzesfassung zeigt, daß die "allgemeinen" Voraussetzungen, unter denen eine eA ergehen kann, in § 16 Abs.3 nicht näher erwähnt sind. Lediglich die genannten Einschränkungen hinsichtlich der Voraussetzungen und des Inhalts einer eA sind ausdrücklich genannt. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber für die eA in diesem bestimmten Verfahren auf das Erfordernis des "wichtigen Grundes" und des Gebotenseins "zum Gemeinwohl" hat verzichten wollen.

§ 16 Abs.3 WahlprüfG ist daher auch nicht "lex specialis" zu § 32 BVerfGG.

ad 3.) Es bleibt folglich nur noch die dritte Möglichkeit übrig: § 16 Abs.3 WahlprüfG bedarf der Ergänzung durch § 32 BVerfGG (49).

3. Anklage- und ähnliche Verfahren

In diesen Verfahren wird über das verfassungsmäßige Verhalten von Trägern organschaftlicher Funktionen, über die verfassungsfeindliche Tätigkeit von politischen Parteien oder den Mißbrauch von Freiheitsrechten durch die Bürger geurteilt (50).

(48a) Seifert, Das Bundeswahlgesetz, Bundeswahlordnung und wahlrechtliche Nebengesetze, Berlin und Frankfurt 1958, Anm.8 zu § 16 WahlprüfG

(49) so auch Helfferich, a.a.O., S.76, und wohl auch Geiger, Komm., 14 zu § 32 sowie Lechner, Komm., 3 zu § 48

(50) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.92

a) Bundespräsidentenanklage
(Art. 61 GG; §§ 13 Nr. 4 und 49 bis 57 BVerfGG)

Die Möglichkeit der Anklage des Parlaments gegen die Träger der Regierungsgewalt gehört zum traditionellen Bild des liberal-demokratischen Rechtsstaates (51). Das GG kennt keine Kanzler- oder Ministeranklage. Dem Anklageverfahren ist vielmehr der Bundespräsident ausgesetzt, der nur über eine im Verhältnis zur Bundesregierung bescheidene Macht verfügt. Er ist weder rechtlich noch politisch dem Parlament verantwortlich. Dafür will die Präsidentenanklage einen Ausgleich schaffen.

In Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GG hat das Institut der eA unmittelbaren Eingang in die Verfassung gefunden (52).

Die Formulierung aus dem GG übernimmt § 53 BVerfGG, wenn er bestimmt: "Das Bundesverfassungsgericht kann nach Erhebung der Anklage durch einstweilige Anordnung bestimmen, daß der Bundespräsident an der Ausübung seines Amtes verhindert ist."

Auch hier stellt sich wieder die Frage nach dem Verhältnis des § 53 BVerfGG zu § 32 BVerfGG. Es gibt wieder drei Möglichkeiten (53): beide Normen stehen völlig selbständig nebeneinander, § 53 BVerfGG enthält eine abschließende Regelung oder er bedarf der Ergänzung durch § 32 BVerfGG.

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, § 53 BVerfGG soll lediglich klarstellen, daß auch im Verfahren der Präsidentenanklage eine eA zulässig sei. Darüber hinaus würde dann diese Vorschrift gewisse Einschränkungen gegenüber der "allgemeinen" Regel des § 32 BVerfGG enthalten, nämlich daß eine eA erst nach Erhebung der Anklage und nur mit dem Inhalt zulässig sei, "daß der Bundespräsident an der Ausübung seines Amtes verhindert ist".

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GG eindeutig ist und einer näheren Ausführung nicht bedarf. Ein einfaches Bundesgesetz wie

(51) Geiger, Komm., Vorbem. 2 vor § 49

(52) Art. 61 Abs. 2 GG bestimmt:

"Stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß der Bundespräsident einer vorsätzlichen Verletzung des Grundgesetzes oder eines anderen Bundesgesetzes schuldig ist, so kann es ihn des Amtes für verlustig erklären. Durch einstweilige Anordnung kann es nach der Erhebung der Anklage bestimmen, daß er an der Ausübung seines Amtes verhindert ist."

(53) vgl. oben S. 120

das BVerfGG kann diese Verfassungsnorm nicht einschränken, zumal eine entsprechende Ermächtigung fehlt. Art. 61 Abs. 2 GG nimmt - etwa im Gegensatz zu Art. 41 Abs. 3 GG - nicht Bezug auf ein noch zu erlassendes Bundesgesetz.

Hieraus folgt, daß die allgemeinen Voraussetzungen des § 32 BVerfGG, nämlich das Vorliegen eines wichtigen Grundes und das Erfordernis des gemeinen Wohls, nicht auch Voraussetzungen für den Erlass einer eA nach § 53 BVerfGG sind. Die Bedeutung einer vorläufigen Maßnahme gegen den Bundespräsidenten verlangt aber, daß sie nur unter bestimmten engen Voraussetzungen ergeht, die im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts liegen (54).

§ 53 BVerfGG enthält also einen echten Sondertatbestand für den Erlass einer eA, der keiner Ergänzung durch § 32 BVerfGG bedarf (55).

b) Richteranklagen

(Art. 98 Abs. 2 und 5 GG; §§ 13 Nr. 9 und 58 bis 62 BVerfGG)

Die Möglichkeit der Richteranklage vor einem Verfassungsgericht ist ein Novum in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie erklärt sich aus dem Bestreben, die rechtsstaatliche Grundordnung der Bundesrepublik gegen solche Bedrohungen und Gefahren zu schützen, die von den Inhabern der richterlichen Gewalt ausgehen können (56), und ist ein Teil des Selbsterhaltungswillens der "wehrhaften" Demokratie.

In § 58 Abs. 1 BVerfGG ist u. a. auf die entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 53 BVerfGG über die eA verwiesen.

Es stellt auch hier wieder die Frage nach dem Verhältnis dieser Norm zu § 32 BVerfGG. Die Antwort kann nicht anders lauten als bei dem Verfahren der Bundespräsidentenanklage. Die hier mögliche eA ist als eine echte Sonderregelung ausgestattet, die ein Zurückgreifen auf die "allgemeine" Regelung in § 32 BVerfGG verbietet (56a).

(54) Lechner, Komm., zu § 53; Helfferich, a. a. O., S. 72/73

(55) Mißverständlich Geiger (Komm., 2. und 3 zu § 53), wonach die eA nach § 53 BVerfGG "ihrem Inhalt und ihrer Natur nach ein Fall der eA gemäß § 32" sein soll, jedoch deren besondere rechtliche Voraussetzungen und Schranken nicht gelten sollen.

(56) Geiger, Komm., Vorbem. 1 vor § 58; Friesenhahn, Verf.-Ger., S. 169

(56a) Lechner, Komm., Anm. 1 zu § 32 Abs. 1 und Anm. 2 zu § 58 Abs. 1

Eine weitere Sonderregelung besteht für die Richter des BVerfG, die von Art. 98 Abs.2 GG und von den §§ 58, 53 BVerfGG nicht erfaßt werden (57). Das Plenum des BVerfG kann gemäß § 105 Abs.2 BVerfGG einen Richter vorläufig seines Amtes entheben, wenn gegen ihn ein Verfahren nach § 105 Abs.2 BVerfGG oder das Hauptverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens eröffnet worden ist.

Auch diese Vorschrift enthält eine abschließende Regelung, die keinen Rückgriff auf die allgemeine Norm des § 32 BVerfGG gestattet (58).

c) Parteiverbotsverfahren

(Art.21 Abs.2 GG; §§ 13 Nr.2, 43 bis 47 BVerfGG)

Art.21 Abs.2 GG enthält eine für den Bestand der rechtsstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik überaus wesentliche Vorschrift, die ihre Entstehung den Erfahrungen aus der Weimarer Republik verdankt (59). Damals waren es die Parteien, die auf "legalem Wege" mit Zielen und Programmen, die heute eindeutig als verfassungswidrig angesehen würden, der Republik den Todesstoß versetzt haben.

Eine Partei wird vom GG für verfassungswidrig erklärt, sofern sie "nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik zu gefährden". Das BVerfG hat über die Frage der Verfassungsmäßigkeit "zu entscheiden". Diese Fassung des Art.21 Abs.2 Satz 2 GG gibt Anlaß zu Zweifeln. Der Wortlaut spricht mehr dafür, daß die Entscheidung des Gerichts konstitutive Wirkung hat.

Auf der anderen Seite erklärt bereits die Verfassung selbst Parteien, auf die die genannten Voraussetzungen zutreffen, für verfassungswidrig. Daraus könnte gefolgert werden, daß Parteien mit den genannten Zielen ipso iure "das Odium der Verfassungswidrigkeit anhaftet" und das BVerfG lediglich diese Wirkung ausdrücklich feststellt. Geiger (60) schließt aus der Formulierung des § 46 Abs.1 BVerfGG, daß die Entscheidung insoweit deklaratorisch sei, als sie nur authentisch ausspreche, was schon kraft Art.21 Abs.2 GG rechtens sei, dagegen insoweit konstitutiv sei, als durch sie erst die Verfassungswidrigkeit der Partei rechtlich relevant werde.

(57) v.Mangoldt, a.a.O., 4 zu Art.98

(58) Helfferich, a.a.O., S.75

(59) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.175

(60) Komm., 2 zu § 46

Richtiger scheint es jedoch zu sein, der Entscheidung des BVerfG konstitutive Wirkung ex nunc beizumessen (61). Erst von dem Zeitpunkt des Urteils ab kann die Verfassungswidrigkeit der Partei gegen diese geltend gemacht werden. Auch kann die in dem Urteil liegende rechtliche Disqualifizierung des Verhaltens der Partei und ihrer Anhänger strafrechtlich erst für die Zukunft wirksam werden (§§ 47, 42 BVerfGG).

Wegen der konstitutiven Wirkung der "Feststellung" der Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei kann eine eA nicht den Inhalt haben, daß dieser Ausspruch "vorläufig" ergeht. Zudem kann wegen § 46 Abs.3 BVerfGG, wonach (erst) mit der Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit die Auflösung der Partei und das Verbot der Schaffung von Ersatzorganisationen zu verbinden ist, auch keine vorläufige oder auch nur vorbeugende "Auflösung" durch eA angeordnet werden. Dies wäre ein unzulässiges Vorgehen in der Hauptsache (62). Es stellt sich daher die Frage, inwieweit eAen überhaupt im Parteiverbotsverfahren möglich sind (63).

Es ist heute allgemein anerkannt, daß politische Parteien - auch wenn sie keine juristischen Personen sind (Art.19 Abs.3 GG) - Grundrechtsfähigkeit zukommen kann. Das bedeutet, daß die Grundrechte, sofern sie ihrer Natur nach nicht ausschließlich für natürliche Personen gelten (wie etwa das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person usw.) auch den politischen Parteien Abwehrrechte gegen den Staat einräumen (64).

Hieraus folgen die Grenzen einer eA: Sofern die vorläufige Regelung die Partei lediglich in die ihr durch die Verfassung im allgemeinen und durch die Grundrechte im besonderen gesetzten Schranken weist (65), bestehen gegen sie keine durchgreifenden Bedenken.

Vom Einzelfall hängt es dann ab, ob gegen eine politische Partei, die im Verdacht der Verfassungswidrigkeit steht, nur bestimmte einzelne Sanktionen ver-

(61) Maunz, Staatsrecht, S.74 und 272; Friesenhahn, Verf.-Ger., S.178

(62) Helfferich, a.a.O., S.93

(63) Draht, a.a.O., S.84, verneint generell die Zulässigkeit von eAen in diesem Verfahren.

(64) Maunz-Dürig, a.a.O., Rdz.52 zu Art.19 Abs.III; von Mangoldt-Klein, VI zu Art.19

(65) Auf die "Schrankenproblematik" kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. etwa Maunz-Dürig, a.a.O., Rdz.69 ff zu Art.2 Abs.I, sowie v.Mangoldt-Klein, a.a.O., Vorbem. B XV

hängt werden dürfen oder ob ihr die gesamte Öffentlichkeitsarbeit untersagt werden kann. Letzteres könnte deshalb bedenklich sein, weil die Gefahr einer Kollision mit den in Art.5 und 8 GG garantierten Grundrechten naheliegt (66).

Das BVerfG hat in der bisher einzigen einschlägigen eA im Illegalisierungsverfahren der Sozialistischen Reichspartei bis zur Verkündung des Urteils in der Hauptsache "jegliche Propaganda und öffentliche Werbung untersagt" (67).

Zur Begründung dieser von Amts wegen erlassenen eA wurde in erster Linie angeführt, daß in dem Verhalten der Partei "eine Mißachtung des Gerichts und eine unzulässige Einflußnahme auf das Gericht und die Öffentlichkeit" liege, weil die SRP "in ungehöriger Weise die Tätigkeit des BVerfG zu beeinflussen" versucht habe.

Helfferrich (68) will ein durch eA angeordnetes Verbot jeder öffentlichen Tätigkeit einer Partei nur dann zulassen, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Verfassungsfeindlichkeit der Handlungen der Partei spreche, und wenn gemäß dem Parteiprogramm oder dem politischen Stil dieser Partei weitere derartige Handlungen zu erwarten seien. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, da im Anordnungsverfahren die "Erfolgsaussichten" der Hauptsache völlig außer Betracht zu bleiben haben (69).

Doch ist zuzugeben, daß ein Gesamtverbot jeder Öffentlichkeitsarbeit einer Partei nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein kann, etwa wenn sich allein mit einer solchen Maßnahme der mit der eA verfolgte Zweck erreichen ließe.

d) Verfahren der Grundrechtsverwirkung
(Art.18 GG; §§ 13 Nr.1 und 36 bis 42 BVerfGG)

Es entspricht den Vorstellungen des GG von der "wehrhaften Demokratie" (70), daß die verfassungsmäßig verbürgten Freiheitsrechte nicht zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht werden dürfen (71).

Die Frage nach der Möglichkeit einer eA im "Verwirkungsverfahren" ist bisher

(66) insbesondere bestünden z.B. Bedenken gegen ein Werbeverbot zur Zeit eines Wahlkampfes, vgl. Fuß, DÖV 1959, 207 (IV 6)

(67) E 1, 349

(68) a.a.O., S.95

(69) vgl. oben S.94 ff

(70) vgl. Art. 79 Abs.3, 21 Abs.2 GG

(71) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.112

in der Praxis des BVerfG noch nicht aktuell geworden (72). Angesichts der überragenden Bedeutung der Grundrechte könnte die Anwendbarkeit von eAen in diesen Verfahren zweifelhaft sein (73).

Der Verlust des Grundrechtsschutzes tritt trotz des Wortlauts des Art. 18 GG nicht ipso iure ein, sondern die dort ausdrücklich bezeichneten Grundrechte werden durch konstitutives Urteil des BVerfG entzogen (74).

Es wurde bereits festgestellt, daß durch eine eA Grundrechte weder beseitigt noch eingeschränkt werden können (75).

Damit ist aber nicht gesagt, daß im Rahmen des Verwirkungsverfahrens überhaupt keine eAen erlassen werden können. Denkbar sind derartige Anordnungen nämlich, um einen Grundrechtsträger, der durch sein Verhalten den durch das Grundrecht garantierten Bereich verläßt, in die Schranken zurückzuweisen, die auch den Grundrechten gezogen sind (76). Durch eine derartige eA würde der eigentliche Grundrechtsbereich nicht berührt.

Doch wird der eA in diesem Zusammenhang keine besondere Bedeutung zukommen, da in den meisten Fällen gegen den die Schranken eines Grundrechts mißachtenden Staatsbürger mit anderen Mitteln (z.B. mit polizeilichen Mitteln gegen den "Störer", mit Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden) vorgegangen werden kann (77).

4. Anfechtungssachen in Form der Verfassungsbeschwerdeverfahren

(Art. 93 Abs. 2 GG; §§ 13 Nr. 15 und 90 bis 96 BVerfGG)

Mit der Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde gegen alle Akte der öffentlichen Gewalt hat das BVerfGG einen "außerordentlichen" Rechtsbehelf geschaffen, der im GG nicht vorgesehen ist (78).

(72) Bisher sind überhaupt noch keine Verfahren der Grundrechtsverwirkung durchgeführt worden.

(73) Draht, a.a.O., S. 84, hält eAen hier für unzulässig.

(74) Friesenhahn, Verf.-Ger., S. 179; Maunz, Staatsrecht, S. 11 und 272; vgl. auch BGHZ 12, 197/200; a.A. v. Mangoldt, a.a.O., Anm. 2 (Abs. 4) zu Art. 18, der ohne nähere Begründung nur deklaratorische Bedeutung an-

(75) Geiger, Komm., 9 zu § 32; Klein, BVerfGG-Komm., Rdz. 26 /nimmt. zu § 32; vgl. oben S. 104

(76) Zur Schrankenproblematik vgl. die Hinweise oben in FN (65)

(77) Helfferich, a.a.O., S. 92

Das Institut der Verfassungsbeschwerde zwingt die staatlichen Gewalten, die Verfassungsmäßigkeit ihres Vorgehens besonders vorsichtig zu prüfen, es "grundrechtssicher" zu machen (79).

Der einzelne kann sich gegen sämtliche Äußerungen staatlicher Gewalt mit der Verfassungsbeschwerde wenden, gleichgültig ob diese von seiten der Exekutive, der Justiz oder auch der Legislative stammen. In den beiden erstgenannten Fällen wendet sich der Beschwerdeführer gegen bestimmte Einzelmaßnahmen der öffentlichen Gewalt; im zuletzt genannten Fall geht er gegen eine Norm vor. Insoweit findet eine Normenkontrolle in Gestalt einer Verfassungsbeschwerde statt.

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz ist aber, daß der Beschwerdeführer von der Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen wird, daß es also eines spezifischen Vollzugsaktes der Exekutive nicht mehr bedarf (80). Das Gesetz selbst muß also die Freiheit des Bürgers beschränken oder beseitigen. Das ist etwa der Fall bei einem die Enteignung aussprechenden Gesetz (Legalenteignung), bei einem durch Gesetz begründeten Steuerauspruch usw. Sofern jedoch das Gesetz lediglich die Verwaltung zu bestimmten Maßnahmen ermächtigt und demnach zu seiner Durchführung einen besonderen, vom Willen der vollziehenden Gewalt getragenen Vollziehungsakt voraussetzt, enthält es selbst noch keine Grundrechtsverletzung, sondern allenfalls eine Grundrechtsgefährdung. Erst der Vollzug des Gesetzes würde zu einer "Verletzung" im Sinne des § 90 BVerfGG führen (81); erst nach erfolgloser Erschöpfung des Rechtsweges wäre dann die Verfassungsbeschwerde gegen die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung zulässig (82).

In der Endentscheidung stellt das Gericht, falls die Verfassungsbeschwerde begründet ist, fest, welches Organ der öffentlichen Gewalt durch welche Handlung oder Unterlassung die zu bezeichnende Vorschrift des GG verletzt hat (§ 95 Abs.1 BVerfGG).

(78) wohl war er im Parlamentarischen Rat geplant, vgl. dazu Geiger, Komm., Vorbem.1 vor § 90

(79) zu diesem "edukatorischen Effekt" vgl. Friesenhahn, Verf.-Ger., S.167; Zweigert, Die Verfassungsbeschwerde, JZ 1952, 321

(80) E 1, 97/101; 3, 34/36; 3, 167/171; 6, 273/277; 13, 225/227; 20, 283/290; vgl. auch Friesenhahn, Verf.-Ger., S.139; Maunz, Staatsrecht, S.274

(81) Geiger, Komm., 5 zu § 90

(82) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.140; Zweigert, JZ 1952, 323

Das BVerfG hat eAen in Verfassungsbeschwerdeverfahren zugelassen (83). Zu beachten ist jeweils, daß eine eA - wegen des Gemeinwohlerfordernisses - nur dann in Betracht kommen kann, wenn die dem Beschwerdeführer möglicherweise erwachsenen Nachteile derart sind, daß Allgemeinbelange tangiert werden (84).

Zwar steht dem Erlaß einer eA nicht entgegen, daß die Zulässigkeit der Hauptsache noch nicht positiv feststeht (85), doch verlangt eine eA im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens, daß der Beschwerdeführer den Rechtsweg erschöpft hat, oder daß die besonderen Voraussetzungen des § 90 Abs.2 Satz 2 BVerfGG vorliegen (86), weil sonst die Unzulässigkeit der Hauptsache feststünde.

Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, so kann sie nur binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden (§ 93 Abs.2 BVerfGG). Entsprechendes muß auch für einen Antrag auf Erlaß einer eA gelten.

5. Zusammenfassung

Der Anwendungsbereich der eA erstreckt sich also ausnahmslos auf den gesamten Zuständigkeitskatalog des § 13 BVerfGG. Die praktische Bedeutung der provisorischen Maßnahme ist jedoch in den einzelnen Verfahren verschieden groß.

B. Die eA gegen alle Arten der Äußerung staatlicher Gewalt

Das BVerfG kann als oberster Hüter der Verfassung gegen alle Formen der Äußerungen staatlicher Macht angerufen werden, also gegen Gesetze, Akte der Exekutive und richterliche Maßnahmen, weshalb im folgenden ein zusammenfassender Überblick auf diese materielle Seite des Anwendungsbereiches der eA gegeben werden soll.

(83) ständige Rechtsprechung seit E 1, 74

(84) vgl. dazu oben S. 78 und 87

(85) vgl. oben S. 43

(86) E 11, 339/342; a. A. Fuß, NJW 1962, 2225

I. EA GEGEN GESETZE

1. Anwendungsbereich

Das BVerfG kann sich in allen Verfahren, in denen es die Verfassungskonformität von Gesetzen zu überprüfen hat (1), der Notwendigkeit gegenübersehen, eAen zu erlassen.

a) Die möglichen Fälle einer Normenkontrolle

Die Überprüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungskonformität kann - außer in den Verfahren der abstrakten und konkreten Normenkontrolle - auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren (2), in Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes (3) sowie in Bund-Länder-Streitigkeiten (4) stattfinden. In den beiden zuletzt genannten Fällen kann der Antragsteller aber nur geltend machen, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein (§§ 64 Abs.1, 69 BVerfGG). Gegenstand der Prüfung und Entscheidung ist in diesen Fällen nicht die Norm als solche, sondern der Normsetzungsakt (5), der möglicherweise die dem Antragsteller gebührende verfassungsrechtliche Stellung verletzt.

b) EA grundsätzlich nur gegen bereits erlassene Gesetze

Das BVerfG hat bisher lediglich den Vollzug ordnungsgemäß erlassener Gesetze vorläufig durch eA ausgesetzt.

Anträgen, die darauf gerichtet waren, das Inkrafttreten eines Gesetzes bis zur Entscheidung über die Hauptsache zu suspendieren, war bislang kein Erfolg beschieden (6).

-
- (1) Das geltende Recht kennt lediglich eine repressive Normenkontrolle. Die eine Art präventiver Normenkontrolle darstellende Möglichkeit des Einholens eines Gutachtens des BVerfG zu einem in seiner Verfassungsmäßigkeit umstrittenen Gesetz bzw. Gesetzentwurf nach § 97 BVerfGG a.F. ist durch die Novelle vom 21. Juli 1956 (BGBl. I, 662) abgeschafft worden.
 - (2) des einzelnen nach § 90 sowie der Gemeinden nach § 91 BVerfGG
 - (3) Auch im Erlaß eines Gesetzes kann eine durch Organstreit verfolgbare Verletzung der durch das GG übertragenen Rechte und Pflichten liegen, vgl. Friesenhahn, Verf.-Ger., S.126
 - (4) Z.B. bei kompetenzwidrigem Erlaß eines Gesetzes, vgl. E 4,115,122
 - (5) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.141
 - (6) E 11,339 ff

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Normenkontrolle bestehendes Recht voraussetze, gilt für Gesetze, durch die das Parlament dem Abschluß von Verträgen mit auswärtigen Staaten zustimmt (Art. 59 Abs. 2 GG). Hier tritt die Funktion der Verkündung (als formaler Abschluß des Gesetzgebungsverfahrens) zurück. Um eine völkerrechtliche Bindung auch dann zu verhindern, wenn der zu ratifizierende Vertrag inhaltlich mit der Verfassung nicht vereinbar ist, das Zustimmungsgesetz also nicht ergehen durfte, läßt das BVerfG bei solchen Vertragsgesetzen die Normenkontrolle schon vor deren Verkündung zu (7), sofern der Gesamtwille der beiden gesetzgebenden Körperschaften endgültig feststeht, und das Gesetz nur noch der Ausfertigung und Verkündung durch den Bundespräsidenten bedarf (8).

Über einen Antrag auf Erlaß einer eA im Rahmen eines derartigen Zustimmungsgesetzes hatte das Gericht zu entscheiden (9).

Die Antragsteller hatten beantragt, durch eA dem Bundeskanzler und dem Bundesaußenminister aufzugeben, bei Unterzeichnung des Generalvertrages zur Ablösung des Besatzungsstatuts und der Zusatzverträge den ausdrücklichen Vorbehalt zu machen, daß diese Verträge nicht in Kraft treten können, ehe das BVerfG über die staatsrechtlichen Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Verträge entschieden habe.

Nach Ansicht des BVerfG waren die Voraussetzungen für den Erlaß einer eA nicht gegeben. Das Gericht meint (10), diese lägen nur dann vor, wenn ohne eA gerade im gegenwärtigen Zeitpunkt die von den Antragstellern befürchtete Gefahr nicht mehr rückgängig zu machender rechtlicher Bindungen für die Bundesrepublik nicht abzuwenden wäre. Die Unterzeichnung der Verträge durch den Bundeskanzler erzeugte aber für sich keine staats- oder völkerrechtlichen Wirkungen, vielmehr ergäben sich diese erst, wenn die gesetzgebenden Körperschaften und der Bundespräsident damit befaßt worden sind (11).

Das Gericht hat gerade in dieser Entscheidung seine Grenzen erkannt.

(7) E 1, 396/413

(8) Friesenhahn, Verf.-Ger., S. 132/133

(9) E 1, 281 ff

(10) E 1, 281/283

(11) Der Ansicht von Fuß (DÖV 1959, 206/207), wonach doch eine Bindungswirkung eintreten könne, kann angesichts des klaren Wortlauts des Art. 59 Abs. 2 GG nicht gefolgt werden.

Fuß (12) weist mit Recht darauf hin, daß in derartigen Fällen "eine Intervention des BVerfG ohne Überschreiten der Justiziabilitätsgrenzen kaum denkbar" sei, da das Gericht sich einer Verantwortung gegenübersehe, die es nicht tragen könne, zumal bei dem Abschluß auswärtiger Abkommen die Wahl des Zeitpunktes häufig eine maßgebliche Rolle spiele.

c) EA gegen Gesetze jeder Art

Das BVerfG hat bisher eine besondere Scheu gezeigt, den Vollzug "klassischer" Gesetze auszusetzen. In dem bisher einzigen Fall, dem Beschluß vom 19. Juni 1962 (13), wurde innerhalb eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens die Anwendung des § 36 Arzneimittelgesetz vom 16. Mai 1961 (14) bis zum 30. September 1962 (allgemein) insoweit ausgesetzt, als diese Vorschrift Gewerbetreibenden verbot, andere Personen im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes aufzusuchen, um Bestellungen auf Arzneimittel entgegenzunehmen, die für die Anwendung an Tieren in bestimmten, nicht näher bezeichneten Betrieben bestimmt waren.

Das Gericht hat die eA damit begründet, daß von der angegriffenen Norm die gesamte Gruppe der Tierarzneimittelvertreter in einem Ausmaß betroffen werde, daß kaum die Möglichkeit bestehe, den hierdurch entstehenden Schaden wieder zu beseitigen, falls der Verfassungsbeschwerde stattgegeben würde (15).

In seiner übrigen Praxis hat das BVerfG bisher lediglich sog. "Maßnahmegesetze" (16) vorläufig außer Vollzug gesetzt, d.h. Gesetze, deren Bedeutung und Wirksamkeit nach Abhaltung der in ihnen angeordneten Maßnahmen erschöpft waren (17).

(12) DÖV 1959, 207 (oben)

(13) E 14, 153

(14) BGBl. I, 533

(15) An dieser Entscheidung hat Klein (BVerfGG-Komm., Rdz. 12 zu § 32) Kritik geübt, der meint, das Gericht habe hier ein Gesetz vorläufig außer Kraft gesetzt mit der Begründung, es sei bisher ohne die Norm gegangen, warum sollte es nicht auch einige Monate länger ohne sie gehen. Damit habe es den Bereich des Justiziablen verlassen und den Ermessensbereich des Gesetzgebers für sich in Anspruch genommen.

(16) Auf die Problematik der Maßnahmegesetze kann nicht näher eingegangen werden; vgl. die Hinweise bei Maunz-Dürig, a.a.O., Rdz. 105 und 106 zu Art. 20

(17) Fuß, DÖV 1959, 205 (IV 2)

Mit seiner ersten Entscheidung überhaupt hat das BVerfG den in dem Neugliederungsgesetz für den Südweststaat vorgesehenen Volksbefragungstermin ausgesetzt (18).

Ferner hat es die Durchführung der Volksbefragungen über die Atombewaffnung in den Bundesländern Hamburg (19) und Bremen (20) durch eA bis zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der umstrittenen Volksbefragungsgesetze ausgesetzt.

Schließlich hat es die Bestimmung des 23. Oktober 1960 zum Wahltag für die Gemeinde- und Kreiswahlen in Niedersachsen auf eine Verfassungsbeschwerde hin durch eA aufgehoben (21).

Das Gericht hat die besondere Problematik der Außervollzugsetzung von Maßnahmegesetzen erkannt. So hat es in den Volksbefragungsentscheidungen über die Atombewaffnung die Aussetzung u.a. deshalb für dringend geboten erachtet, weil nach Durchführung der Volksbefragung die Entscheidung des BVerfG daran nichts mehr hätte ändern können. Das umstrittene Gesetz, das die Grundlage nur für eine einmalige, nicht wiederholbare Maßnahme abgeben sollte, hätte demnach seinen Zweck erfüllt. Eine der Wirkungen, die der verfassungsgerichtlichen Entscheidung in diesen Fällen nicht genommen werden dürfe - nämlich die Verhinderung einer verfassungswidrigen Volksbefragung - würde dann möglicherweise ausgeschlossen (22).

Dieser Begründung des BVerfG ist voll zuzustimmen. Es gab in der Tat für das Gericht keine andere Möglichkeit als die Außervollzugsetzung, um faits accomplis zu vermeiden. Auch wenn das BVerfG nach Durchführung der Volksbefragungen diese für verfassungswidrig erklärt hätte, wären die politischen Folgen irreparabel gewesen. Mit Sicherheit wäre das Volksbefragungsergebnis - wie es auch immer ausgegangen wäre - in die politische Auseinandersetzung hineingezogen worden.

Das Gericht hat weiter ausgeführt, daß mit der Durchführung der Volksbefragung ihr politisches Gewicht und ihre von den Initiatoren beabsichtigte Wirkung sofort zur vollen Geltung käme, was durch eine Entscheidung des Gerichts ebenfalls nicht mehr rückgängig gemacht werden könne (23).

(18) E 1, 1

(19) E 7, 367

(20) E 7, 374

(21) E 11, 306

(22) E 7, 367/373

(23) E 7, 367/374

Fuß (24) vermißt in diesem Zusammenhang eine Erörterung darüber, ob der von dem jeweiligen Gesetzgeber für die Abstimmung gewählte Zeitpunkt verändert werden konnte, ohne daß eine spezifische Absicht des Gesetzgebungsorgans durchkreuzt würde. Er stellt die Frage (25), ob für die von den Initiatoren der Volksbefragung beabsichtigte Wirkung nicht gerade der gewählte Zeitpunkt, nämlich auf dem Höhepunkt der öffentlichen Diskussion und vor den Landtagswahlen in Nordrhein-Westfalen, von entscheidender Wichtigkeit gewesen sei.

Sicherlich wird man dies bejahen müssen. Gerade Volksbefragungen über politisch hochaktuelle Probleme stehen und fallen mit dem Zeitpunkt, an dem sie "über die Bühne gehen" sollen.

Überlegungen jedoch, die der Gesetzgeber anzustellen hat, insbesondere über die Zweckmäßigkeit bestimmter Gesetze, über die geschickte Ausnutzung einer in der Öffentlichkeit erkennbaren Stimmung und Tendenz der allgemeinen Meinung und dergleichen, sind für die Entscheidung des BVerfG ohne Belang. Dies folgt auch daraus, daß die Entscheidung über den Erlass oder die Ablehnung einer eA keine Zweckmäßigkeitsentscheidung ist, sondern eine echte Rechtsentscheidung.

d) Strenger Maßstab bei der Aussetzung des Vollzuges einer Norm

Das BVerfG legt - mit vollem Recht - an die Voraussetzungen für die einstweilige Außervollzugsetzung einer Norm einen besonders strengen Maßstab an. Es betont immer wieder, daß eine derartige Maßnahme nur dann gerechtfertigt sei, wenn sie zum gemeinen Wohl dringend geboten sei (26).

In derartigen Fällen handeln die Antragsteller gleichsam als Repräsentanten aller, die von der umstrittenen Norm betroffen werden können (27).

Die Frage, ob eine eA geboten ist, ist daher vom Standpunkt aller vom Gesetz Betroffenen und unter gerechter Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen zu beurteilen (28), so daß Nachteile des Antragstellers allein nicht genügen. Es müssen jeweils beide Möglichkeiten, nämlich daß das Gesetz gültig oder nichtig ist, in Betracht gezogen werden. Dabei sind die Folgen

(24) DÖV 1959, 205 (IV 2)

(25) a.a.O., FN 44

(26) vgl. E 3,34/37; 3,41/44; 6,1/4; 7,175/179; 7,367/371; 11,102/104; 11,306/308

(27) E 3,34/37

(28) E 1,85/87; 3,34/37 usw.

aufzuzeigen, die eintreten würden, wenn eine eA nicht erginge, die angegriffene Vorschrift in dem späteren Verfahren jedoch für nichtig erklärt würde, und abzuwägen, ob diese Folgen nicht eher hingenommen werden können als die Nachteile, die bei einer vorläufigen Außervollzugsetzung der Rechtsnorm entstehen würden (29).

2. Möglicher Inhalt einer eA

Mit einer eA kann lediglich der Vollzug, die Durchführung eines Gesetzes bzw. einer einzelnen Vorschrift eines Gesetzes bis zur Entscheidung in der Hauptsache ausgesetzt, nicht kann dagegen die Verfassungswidrigkeit oder die Verfassungskonformität der Norm festgestellt werden. Diese Feststellung zielt ihrem Wesen nach auf eine dauernde Entscheidung ab und entzieht sich einer nur vorübergehenden Entscheidung.

Die Außervollzugsetzung einer Norm ist in genereller Form, also allen von der Norm Betroffenen gegenüber, aber auch lediglich dem Beschwerdeführer (im Verfassungsbeschwerdeverfahren) gegenüber möglich (29a). Ob die eine oder die andere Art der Aussetzung angebracht ist, richtet sich nach der Lage des Einzelfalles.

II. EA GEGEN MASSNAHMEN DER EXEKUTIVE

Das BVerfG kann auch gegen Maßnahmen der Exekutive angerufen werden mit der Behauptung, diese würden gegen die Verfassung verstoßen. Daher muß es auch möglich sein, mit Hilfe einer eA ein vorläufiges Stoppen derartiger Maßnahmen zu erreichen.

1. Anwendungsfälle

In erster Linie werden Exekutivmaßnahmen im Verfassungsbeschwerdeverfahren einer Nachprüfung durch das BVerfG unterzogen, wenn es um die Verletzung von Grundrechten des Antragstellers geht.

(29) E 3, 34/37; 3, 41/44; 6, 1/4; 11, 102/104; 12, 276/279; 16, 220/227;
18, 34/36; 20, 363/364

(29a) E 20, 363/365

Das BVerfG hatte - im Rahmen von Anträgen auf Erlaß von eAen - in folgenden Fällen zu entscheiden:

Verfassungsbeschwerde gegen die Nichtzulassung eines Wahlvorschlages zu einer Stadtratswahl (30).

Verfassungsbeschwerde gegen die Feststellung der Reihenfolge der Parteien auf dem Stimmzettel für die Landtagswahl (31).

Verfassungsbeschwerde gegen einen Bescheid des Westdeutschen Rundfunks, wonach den politischen Parteien bestimmte Sendezeiten für Wahlpropaganda eingeräumt wurden (32).

Verfassungsbeschwerde gegen die Art und Weise der Durchführung eines richterlichen Durchsuchungsbefehls (33).

Verfassungsbeschwerde gegen eine Verfügung des Justizministers, wodurch das förmliche Dienststrafverfahren gegen einen Landgerichtspräsidenten eingeleitet wurde (34).

Verfassungsbeschwerde gegen die Verordnung eines Regierungspräsidenten, die den Zusammenschluß einer Gemeinde mit einem Schulzweckverband zur gemeinsamen Schulträgerschaft vorsah (35).

2. Möglicher Inhalt der eA

Die eA kann auch hier lediglich den Vollzug einer bestimmten Maßnahme bis zum Erlaß der Endentscheidung hemmen, jedoch keine Entscheidung über die Vereinbarkeit der angegriffenen Akte mit der Verfassung treffen, ja es können aus dem Erlaß oder Nichterlaß der eA nicht einmal Schlüsse auf die Rechtsansicht des Gerichts in der Hauptsache gezogen werden.

(30) E 11, 329

(31) E 14, 190/192

(32) E 14, 192/194

(33) E 15, 77

(34) E 17, 145

(35) E 18, 157

III. EA GEGEN GERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Die dritte und letzte Gruppe von Äußerungen der staatlichen Gewalt bilden die gerichtlichen Entscheidungen.

1. Anwendungsfälle

Das BVerfG kann sich lediglich im Rahmen von Verfassungsbeschwerdeverfahren der Notwendigkeit gegenübersehen, den Vollzug einer gerichtlichen Anordnung bzw. die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils bis zur Entscheidung über die eingelegte Verfassungsbeschwerde auszusetzen, weil es sich hierbei jeweils um das Vorgehen eines einzelnen Bürgers gegen ihn beschwerende gerichtliche Entscheidungen handelt.

Die Verfassungsbeschwerde ermöglicht eine bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der Gerichte (36) insoweit, als es um die Beachtung der Grundrechte geht.

Die Gerichte können in zweifacher Weise gegen die Verfassung verstoßen: einmal können sie verfahrensmäßige Grundrechte (wie das rechtliche Gehör, Art.103 Abs.1 GG, oder den Grundsatz des gesetzlichen Richters, Art.101 Abs.1 GG) mißachten. Es ist aber auch möglich, daß ein gerichtliches Erkenntnis seinem Inhalt nach gegen ein Grundrecht verstößt. Dies kann wiederum entweder unmittelbar geschehen, nämlich durch grundrechtswidrige Rechtsanwendung, oder mittelbar durch die Anwendung eines grundrechtswidrigen Gesetzes (37).

Es lassen sich hier verschiedene Fallgruppen unterscheiden:

a) Auslieferungssachen (38)

Gerade hier ist die Gefahr nicht mehr reparabler Schäden besonders groß. Daher werden die Voraussetzungen für eine eA häufig gegeben sein.

b) Aussetzung der Vollstreckung rechtskräftiger Strafurteile (39)

Hierbei handelt es sich um Eingriffe in die Rechtskraft eines Urteils.

(36) einschließlich der Landesverfassungsgerichts, vgl. E 6,445/447; 13,132/140

(37) vgl. dazu Friesenhahn, Verf.-Ger., S.157/158

(38) E 1,74; NJW 1955, 541; E 6,443; 7,86; DVBl 1966, 643

(39) E 4,110; 8,102; 14,11; 16,236; 18,146; 22,178

Der Beschwerdeführer muß durch das Urteil rechtlich unmittelbar betroffen werden, eine nur mittelbare, faktische Betroffenheit genügt nicht (40).

Die Vollstreckungsaussetzung durch eA ist nur dann gerechtfertigt und vom Gemeinwohlerfordernis gedeckt, wenn die möglicherweise dem einzelnen durch die Vollstreckung entstehenden Nachteile das gewöhnliche Maß erheblich übersteigen (41).

Das BVerfG steht auf dem zutreffenden Standpunkt, bei einer Vollstreckung der Freiheitsstrafe trotz gewichtiger verfassungsrechtlicher Zweifel würde, auch wenn die Verurteilung nachträglich aufgehoben würde, dem Beschwerdeführer ein schwerer, nicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen (41a). In einem solchen Fall müsse das öffentliche Interesse an der alsbaldigen Vollstreckung rechtskräftig erkannter Strafen zurücktreten, zumal ein erheblicher Nachteil für das Allgemeinwohl durch die (zeitlich beschränkte) Aussetzung der Strafvollstreckung nicht zu besorgen sei.

c) Aussetzung der Vollstreckung rechtskräftiger Zivilurteile

Anträge, mit denen im Wege einer eA die Aussetzung der Vollstreckung rechtskräftiger Zivilurteile begehrt wurde, haben bisher das BVerfG noch nicht beschäftigt. Offensichtlich reichen die in der ZPO geregelten Vollstreckungsschutzvorschriften aus, um den möglichen Nachteilen vorzubeugen (42).

Es müßte in derartigen Fällen in besonderer Weise auf das Erfordernis des Gemeinwohls geachtet werden, das nur ausnahmsweise gegeben sein dürfte.

d) Sonstige Fälle

Es ist denkbar, daß das BVerfG die Einstellung eines mißbräuchlich eingeleiteten Gerichtsverfahrens einstweilen anordnet (43).

(40) E 15, 283/186

(41) Pfeifer, a.a.O., S. 282

(41a) E 18, 146/147; 22, 178/180

(42) Das BVerfG hat jedoch in einem - nicht veröffentlichten - Beschluß vom 7. August 1962 die Zwangsvollstreckung aus einem Zuschlagsbeschluß eines Amtsgerichts einstweilen eingestellt (Hinweis in E 15, 219/220/221 oben).

(43) Geiger, DRiZ 1951, 174; Arndt, DVBl 1952, 3

Das Gericht hat bisher durch eA die Aussetzung einer Erzwingungshaft gegen einen Verlagsbuchhalter angeordnet (44), doch hat es abgelehnt, ein Grundbuchamt durch eA anzuweisen, gegen die Eintragung des Erwerbers eines Grundstücks in das Grundbuch einen Widerspruch einzutragen (45), weil ohne Anrufung des BVerfG ein anderer Weg, nämlich die Antragstellung bei den ordentlichen Gerichten, zum Ziele führen konnte.

2. Möglicher Inhalt der eA

Das BVerfG ist kein Rechtsmittelgericht, insbesondere kein "Super-Revisionsgericht" (46). Es hat daher nicht die Entscheidungen der anderen Gerichte auf die Richtigkeit der getroffenen tatsächlichen Feststellungen, der Auslegung der Gesetze und der Anwendung des Rechts auf den konkreten Fall zu kontrollieren.

Bemerkenswert ist, daß eine eA, mit der der Vollzug, die Vollstreckung eines rechtskräftigen gerichtlichen Erkenntnisses bis zur Endentscheidung gehemmt wird, zu einer Durchbrechung der Rechtskraft führt, die auf anderem Wege nur durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens mit ihren strengen Voraussetzungen zu erreichen wäre.

Daher muß sich die eA in besonderem Maße inhaltlich auf das unabweisbar Notwendige beschränken.

IV. DIE FORMELLE DURCHBRECHUNG DES GEWALTENTEILUNGSPRINZIPS

Mit der Befugnis zum Erlaß von eAen ist dem BVerfG eine weitreichende Eingriffsmöglichkeit in den Bereich der drei klassischen Gewalten im Staat verliehen. Diese Eingriffe basieren nicht auf einem wohlabgewogenen, endgültigen Richterspruch, sondern auf einer vorläufigen Abwägung zwischen (zum Teil) individuellen Nachteilen und Erfordernissen des Gemeinwohls.

Vom Gewaltenteilungsprinzip her bestehen gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution keine Bedenken.

"Gewaltenteilung" bedeutet nämlich nicht Verteilung der gesamten Macht auf drei selbständige, unbeschränkte Machtblöcke. Die Teilung der Funktionen

(44) E 15, 223

(45) E 17, 120/122

(46) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.158

soll vielmehr gerade zu einer gegenseitigen Hemmung und Kontrolle und damit zu einer wirkungsvollen Begrenzung der Gewalten führen. Es geht also um Gewaltengleichgewicht und nicht Gewaltenkoordination (47). Gerade die gerichtliche Kontrolle soll die Entstehung unbeschränkter und unkontrollierter Machtzusammenballung und daraus resultierender Machtmißbräuche verhindern.

Aus dem umfassenden Zuständigkeitskatalog der dem BVerfG zugewiesenen Aufgaben geht deutlich die Absicht des Verfassungsgebers hervor, das Gericht im Rahmen des Justiziablen mit einer lückenlosen Interventionsbefugnis auszustatten (48).

Hat sich der Verfassungsgeber grundsätzlich zu einer umfassenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle aller staatlichen Macht entschlossen, so hat er auch bewußt in Kauf genommen, daß die (endgültige, abschließende) Entscheidung des Verfassungsgerichts sich in gewisser Weise über die von der herkömmlichen Gewaltenteilungslehre gezogenen Schranken hinwegsetzt. Als "Garantie" gegen eine mißbräuchliche Ausübung dieser dem Verfassungsgericht eingeräumten Machtbefugnis dienen die allgemeinen Grenzen jeder Justiz, denen auch das BVerfG unterworfen ist (49), einerseits sowie das Vertrauen in das Verantwortungsbewußtsein der Verfassungsrichter andererseits, das um so größer sein dürfte, je "unpolitischer" der Berufungsakt der Verfassungsrichter in ihr hohes Amt gestaltet ist (50).

Eine gewisse Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes ist unvermeidbar, wenn ein mit der Aufgabe des Hüters der Verfassung betrautes Gericht die zu einer vollwirksamen Verfassungsgarantie erforderlichen "prozessualen Werkzeuge" erhalten hat.

Dem einfachen Gesetzgeber war durch Art. 94 Abs. 2 GG die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens überlassen. Die Bundeslegislative war "geradezu

(47) Peter Schneider, AöR Bd. 82, S. 11

(48) Fuß, DÖV 1959, 202 (I 4)

(49) Als solche nennt etwa Hans Schneider, a.a.O., S. 7, die Bindung an das geltende Gesetz und an die Verfahrensregeln, die Beschränkung auf den vorliegenden Sachverhalt, die Befassung mit dem Einzelfall und die Abhängigkeit von fremder Initiative.

(50) Hier wird die Bedeutung des richterlichen Berufungsverfahrens sichtbar, vgl. etwa Dreher, NJW 1951, 380 und Peter Schneider, AöR Bd. 82, S. 22 und 25

gehalten, die umfassende materiell-rechtliche Interventionsbefugnis des BVerfG durch das prozessuale Instrument der eA zu ergänzen und zu festigen" (51).

Betrachtet man die eA von den beiden Grundfunktionen staatlicher Tätigkeit aus, nämlich der Gestaltung, die vornehmlich der Legislative und Exekutive eigen ist, einerseits und der Bewahrung, die vornehmlich Merkmal der Rechtsprechung ist, andererseits (52), so können Zweifel dahingehend auftauchen, ob das BVerfG mit eAen nicht typisch "gestaltend" in den verfassungsrechtlichen Geschehensablauf eingreift und damit eine dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit (wie jeder Gerichtsbarkeit) fremde Maßnahme trifft.

Aufgabe des Richters und damit auch des Verfassungsrichters ist es nicht, der Zukunft vorzugreifen, sondern "Geschehenes am Bestehenden" zu messen (53). Typisch gestaltende Funktion könnte der eA zukommen, wo etwa der Vollzug einer Norm ausgesetzt wird (besonders bei Maßnahmegesetzen).

Kann hier also von einer "Entfesselung der Dritten Gewalt" gesprochen werden, bei der die bewahrende Funktion des Richters in die gestaltende übergeht (54)?

Eine Beantwortung dieser Frage lediglich mit dem Hinweis darauf, daß eine Machtverstärkung auf seiten eines Rechtsprechungsorgans schon von Haus aus nicht so sehr bedenklich sei, weil dieses Organ weniger zu einer Überschreitung seiner Befugnisse neigen werde (55), vermag nicht voll zu befriedigen. Vielmehr ist von dem Begriff des "Bewahrens" auszugehen (56), der die gesamte rechtsprechende Tätigkeit des Richters umfaßt, die als "Gesetzesanwendung im klassischen Sinne" verstanden werden soll (57), und zu fragen, ob der Erlaß einer eA noch unter den Begriff der Rechtsprechung zu fassen ist (58).

(51) Fuß, DÖV 1959, 203 (I 4)

(52) vgl. Peter Schneider, AöR Bd. 82, S. 12

(53) Peter Schneider, a.a.O., S. 13 und 21, sowie "In dubio pro libertate", in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 281

(54) Peter Schneider, AöR Bd. 82, S. 13

(55) Fuß, DÖV 1959, 203 (II 1)

(56) womit nur ein besonderer Akzent gesetzt werden soll, vgl. Peter Schneider, a.a.O., S. 15

(57) also nicht nur "Streitentscheidung", sondern auch Normenkontrolle; Peter Schneider, a.a.O., S. 15; Roellecke, a.a.O., S. 101

(58) vgl. oben S. 17

Das BVerfG hat bei seiner Entscheidung nach § 32 Abs.1 BVerfGG einen bestimmten und meßbaren Grundsatz vor sich, eine Norm, die inhaltlich einer näheren rechtlich-vernünftigen Auslegung fähig ist (59). Es wendet daher Recht an und bewahrt dieses damit. Nicht ist es etwa so, daß "der Richter durch reinen Willensakt nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten dem fraglichen Grundsatz überhaupt erst einen bestimmten Inhalt verleiht und somit Recht schafft" (60). Hätte die eA diesen Inhalt, würde sie die der Rechtsprechung gesetzten Grenzen überschreiten und in echtem Sinne "gestaltend" wirken.

Die "bewahrende" Grundtendenz der eA kommt gerade auch darin zum Ausdruck, daß sie die Hauptsachenentscheidung nicht vorwegnehmen darf und den zu regelnden Zustand - soweit wie nur eben möglich - in der Schwebe lassen und den Status quo fixieren soll.

(59) Leibholz, a.a.O., S.177

(60) Peter Schneider, a.a.O., S.15

Sechster Teil

DIE RECHTSWIRKUNGEN DER EINSTWEILIGEN ANORDNUNG

I. DIE RECHTSWIRKUNGEN IN "MATERIELLER" HINSICHT

1. Die Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG - Allgemeines -

Weil den Entscheidungen des BVerfG besondere Rechtswirkungen zukommen müssen, bestimmt § 31 Abs.1 BVerfGG, daß sie die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden. Darüber hinaus besagt § 31 Abs.1 BVerfGG, daß den Entscheidungen des Gerichts in Verfahren, in denen eine Normenkontrolle stattfindet (1), Gesetzeskraft zukommt.

2. Keine Rechtskraftwirkung und keine präjudizielle Wirkung der eA

Die Vorschrift des § 31 BVerfGG gilt nicht für die eA, sondern nur für Endentscheidungen in der Hauptsache (2), die einen materiellen Ausspruch über den Streitgegenstand enthalten. Daher erwächst die Entscheidung in einer Anordnungssache nicht in Rechtskraft (3). Rechtskräftig im formellen Sinn kann eine eA schon deshalb nicht werden, weil sie ohnehin nach drei Monaten außer Kraft tritt (4). Bei Änderung der Sach- oder Rechtslage kann eine eA jederzeit von Amts wegen oder auf Antrag geändert oder aufgehoben werden (5).

(1) vgl. Art.93 Abs.1 Nr.2; Art.100 Abs.1 und 2; Art.126 GG; § 95 Abs.3 BVerfGG

(2) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.35 zu § 32; Geiger, Komm., 7 zu § 32; Lechner, Komm., 5 zu § 32 Abs.1; Pfeiffer, a.a.O., S.284; Fuß, DÖV 1959, 203

(3) E 4, 250/271

(4) Habscheid, NJW 1966, 1787

(5) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.35 zu § 32; Geiger, Komm., 7 zu § 32; Lechner, Komm., 5 zu § 32 Abs.1; Gebhardt, a.a.O., S.179; Grundmann, DÖV 1960, 684, der aber zutreffend darauf hinweist, daß eAen

Die eA ist für die Hauptsache auch nicht präjudiziell (6). Aus dem Erlaß oder Nichterlaß einer eA kann nichts für die Ansicht des Gerichts zu den in der Hauptsache zu entscheidenden Rechtsfragen entnommen werden (7).

II. DIE RECHTSWIRKUNGEN IN "PERSONELLER" HINSICHT

1. Wirkungen gegenüber den unmittelbar am Verfahren Beteiligten

Die eA bindet grundsätzlich nur die Beteiligten des Verfahrens (8). In Verfassungsbeschwerdeverfahren etwa sind dies der Beschwerdeführer und die Stelle, die den angefochtenen Hoheitsakt erlassen hat (9).

2. Wirkungen gegenüber Dritten

Eine notwendige Folge der fehlenden Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG ist, daß sich die Wirkung einer eA nicht auf "Außenstehende" erstrecken kann, die von den Auswirkungen der Entscheidung nicht berührt werden. Das BVerfG hat jedoch in einigen Entscheidungen die Wirkungen einer eA auf alle erstreckt, die auf die durch eA vorläufig zu regelnden tatsächlichen Verhältnisse einwirken und sie gestalten können, also in diesem Sinne "sachverhaltsbeteiligt" sind (10).

Das Gericht hat zu prüfen, ob der potentielle "Sachverhaltsbeteiligte" Normadressat einer vom Gericht anzuwendenden Norm ist (11). Ist dies nicht der Fall, so unterliegt der "Außenstehende" insoweit nicht der Gerichtsgewalt des BVerfG, und eine eA kann und darf dann auch nicht in seine Rechte eingreifen.

nur in ganz seltenen Fällen mehrere voneinander abweichende Zwischenentscheidungen vertragen, soll nicht anders anstelle von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden anhaltende Unruhe treten; vgl. auch schon StGH in RGZ 122, Anh.17/44

(6) E 8,42/46; 15,219/221

(7) E 1,1/3; 15,219/221

(8) Geiger, Komm., 7 zu § 32

(9) Pfeiffer, a.a.O., S.284

(10) E 8,42/46 und 12,36/45

(11) Gebhardt, a.a.O., S.174

Sofern ein Dritter dagegen Normadressat ist, kann er auch ohne formelle Teilnahme am Verfahren durch eine eA verpflichtet werden.

Im Fall der Volksbefragungen über die Atombewaffnung und im Fernsehstreit war die Erstreckung der Wirkungen der eA auf "Dritte" deshalb erforderlich, weil jeweils ein Gesamtkomplex geregelt werden mußte, der nur einheitlich entschieden werden konnte. Jede andere Regelung hätte zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit geführt. Das BVerfG hat mit diesen Entscheidungen nicht etwa die Grundsätze des deutschen Prozeßrechts mißachtet und seine Zuständigkeit überschritten (12).

3. Wirkungen gegenüber dem Gericht selbst

Da der eA weder Rechtskraft- noch Präjudizwirkung zukommt, ist das Gericht an die einmal erlassene eA nicht gebunden.

Es steht im Ermessen des BVerfG, ob es bei veränderter Sach- oder Rechtslage an der eA festhält oder eine neue, den nunmehr vorliegenden Verhältnissen angepaßte einstweilige Regelung trifft (13).

(12) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.191

(13) vgl. oben S.142

Siebter Teil

DAS VERFAHREN BEIM ERLASS EINER EINSTWEILIGEN ANORDNUNG

1. Kapitel: Allgemeine Verfahrensgrundsätze

I. KEINE ABSCHLIEßENDE VERFAHRENSREGELUNG IM BVerfGG

Das BVerfGG regelt das Verfahren nicht abschließend bis in alle Einzelheiten. Zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes war die Entwicklung auf dem Gebiet des Verfassungsprozeßrechts noch nicht genügend ausgereift (1). Das BVerfG kann daher innerhalb des durch die Normen des BVerfGG geschaffenen Rahmens ein der Eigentümlichkeit und Besonderheit verfassungsgerichtlicher Streitigkeiten entsprechendes Verfahren entwickeln (2). Diese Freiheit des Gerichts zur Bestimmung seines Verfahrens findet ihre Grenze lediglich dort, wo der Gesetzgeber wichtige Verfahrensprinzipien abschließend geregelt wissen wollte (3).

II. DIE "UNTERSUCHUNGSMAXIME" IM VERFASSUNGSGERICHTLICHEN VERFAHREN

Jedes beim BVerfG anhängige Verfahren, auch das Anordnungsverfahren, wird von dem "Untersuchungsgrundsatz" beherrscht (im Gegensatz zur "Verhandlungsmaxime" des Zivilprozesses), der seinen Ausdruck in der Regelung des § 26 Abs. 1 BVerfGG gefunden hat, wonach die zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweise von Amts wegen erhoben werden.

Im Verfassungsprozeß gilt der Grundsatz der materiellen Wahrheit. Während bei der formellen Wahrheit der Richter an den Tatsachenvortrag der Parteien

- (1) Lechner, Komm., Vorbem. A vor § 17 (S. 132)
- (2) E 2, 79/84; 6, 300/304; Geiger, Komm., Vorbem. 2 vor § 17 (S. 63); Friesenhahn, Verf.-Ger., S. 181; a. A. Arndt, DVBl 1952, 1
- (3) Geiger, Komm., Vorbem. 4 vor § 17; Lechner, Komm., Vorbem. A vor § 17

gebunden ist, obliegt ihm hier die Pflicht, die Wahrheit nach allen Seiten hin aufzuklären (4). Nur ein solches Verfahren wird dem Charakter des Gerichts als des Hüters und Bewahrsers des objektiven Verfassungsrechts gerecht.

Der Antragsteller braucht daher die Voraussetzungen für den Erlass einer eA nicht glaubhaft zu machen (5).

Der Begriff "Offizialmaxime" (6) ist im Zusammenhang mit dem verfassungsgerichtlichen Verfahren mißverständlich, weil hierunter auch die Befugnis eines Gerichts verstanden wird, ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten, was das BVerfG nicht kann (7). Das Anhängigwerden einer Sache soll nach dem BVerfGG vielmehr von dem Willen des Antragsberechtigten abhängen. Insoweit gilt also die Dispositionsmaxime (8).

III. MÖGLICHKEIT DER RÜCKNAHME EINES ANTRAGS AUF ERLASS EINER EA

Ist ein Antrag auf Erlass einer eA gestellt, so fragt es sich, ob der Antragsteller ihn auch wieder jederzeit frei zurücknehmen kann.

Man wird unterscheiden müssen, ob dieser Antrag zusammen mit dem Antrag zur Hauptsache bzw. innerhalb eines bereits anhängigen Hauptverfahrens oder vor dem Anhängigsein eines Hauptverfahrens gestellt wird.

Um hier zu einer Lösung zu kommen, muß zunächst die Frage untersucht werden, wie es um die Zurücknahme des anhängig gemachten Hauptverfahrens durch den Antragsteller steht.

Ausdrücklich ist eine derartige Rücknahme nur für das Verfahren der Präsidentenanklage (§ 52 Abs.1 Satz 1 BVerfGG) und der Richteranklage (§ 58 Abs.1 mit Verweisung auf § 52 Abs.1 Satz 1 BVerfGG) vorgesehen. Im übrigen ist

(4) Peter Schneider, In dubio pro libertate, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd.II, S.274

(5) Lechner, Komm., 3c zu § 32 Abs.1

(6) Geiger, Komm., 1 zu § 26

(7) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.182; Lechner, Komm., Vorbem. B II 1 vor § 17

(8) so Friesenhahn, Verf.-Ger., S.183, unter Hinweis auf die gleiche Regelung im Verwaltungsgerichtsverfahren

die Entscheidung dieser Frage der Praxis des Gerichts überlassen (9).

Mit Recht betont Geiger (10), daß bei der Frage der Zulässigkeit der Zurücknahme eines prozeßeinleitenden Antrags neben den Interessen des Antragstellers auch die der übrigen Beteiligten, die des Gerichts sowie öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind.

Die Rücknahme wird daher unbedenklich sein (11),

- a) wenn die Beteiligten und das Gericht ausdrücklich oder stillschweigend ihre Zustimmung geben,
- b) wenn sich noch kein Beteiligter auf das Verfahren eingelassen hat, sich also z.B. noch nicht zur Sache erklärt hat (vgl. § 271 ZPO),
- c) wenn der Antragsteller ausdrücklich erklärt (gleichgültig, in welcher Lage des Verfahrens), er halte seinen Rechtsstandpunkt nicht länger aufrecht und bekenne sich zu dem des Antragsgegners.

In diesen Fällen werden durch die Zurücknahme des Antrages zur Hauptsache legitime Interessen der Beteiligten und des Gerichts nicht beeinträchtigt.

Gelten diese Grundsätze auch für die Rücknahme eines Antrags auf Erlaß einer eA?

Ist bereits ein Hauptverfahren anhängig, dann ist der Antrag auf Erlaß einer eA kein "prozeßeinleitender" Antrag, sondern ein Sachantrag eigenständiger Art innerhalb eines bereits anhängigen Verfahrens. Hier bestehen keine Bedenken, die freie, jederzeit mögliche Rücknehmbarkeit eines Antrages zuzulassen.

Wer den Erlaß einer eA begehrt, will damit eine für ihn günstige und insbesondere seine gefährdete Rechtsposition schützende Regelung bis zur Endentscheidung. Wenn eine eA auch nur erlassen werden darf, sofern sie "zum gemeinen Wohl dringend geboten" ist, so läßt sich der Antragsteller doch in erster Linie von den möglichen Auswirkungen vollendeter Tatsachen auf seine eigene Rechtssphäre leiten; insbesondere gilt dies im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Es muß ihm daher möglich sein, auf eine ihm günstige vorläufige Regelung zu verzichten. Damit berührt er weder die Interessen der übrigen Beteiligten noch die des Gerichts oder der Allgemeinheit. Dem Gericht ist es natürlich unbenommen, von Amts wegen eine eA zu erlassen.

(9) Lechner, Komm., Vorbem. B II 2a vor § 17 (S.135)

(10) Komm., Vorbem.2 vor § 17 (S.64)

(11) Geiger, Komm., Vorbem.2 vor § 17 (S.64/65)

Wird vor Anhängigkeit eines Hauptverfahrens ein Antrag auf Erlaß einer eA gestellt, dann gleicht dieser den prozeßeinleitenden Anträgen, die unter den genannten Voraussetzungen zurücknehmbar sind. Die prozeßrechtliche Situation ist hier nur insofern eine andere, als zwar nicht die Position der übrigen (potentiellen) Streitbeteiligten tangiert wird (denn sie können ihrerseits ebenfalls einen Antrag auf Erlaß einer eA stellen), wohl aber unter Umständen das Interesse der Allgemeinheit berührt sein kann. Nimmt nämlich der Antragsteller seinen Antrag zurück, dann ist es dem BVerfG nicht möglich, seinerseits von Amts wegen eine vorläufige Regelung zu treffen, bevor ein Verfahren zur Hauptsache anhängig gemacht ist (12).

Doch kann dieser Gesichtspunkt für sich allein nicht dazu führen, dem Antragsteller die Rücknahme seines Antrages auf Erlaß einer eA zu versagen. Das Gericht kann nicht gleichsam als "Verfassungspolizei" präventiv und repressiv tätig werden. Es gehört nicht zu seinen Aufgaben, ein Verfahren gegen den Willen dessen, der es eingeleitet hat, fortzuführen (13). Es gelten vielmehr die gleichen Grundsätze wie hinsichtlich der Rücknahme der Hauptsache.

2. Kapitel: Die Vorbereitung der Anordnungsentscheidung und deren Form

I. DIE ENTBETRILICHKEIT EINER MÜNDLICHEN VERHANDLUNG

In der Regel entscheidet das BVerfG auf Grund einer mündlichen Verhandlung (§ 25 Abs. 1 BVerfGG), es sei denn, alle Beteiligten hätten ausdrücklich darauf verzichtet. Es liegt im Wesen der "eilbedürftigen" eA, daß sie - auch wenn die Beteiligten nicht ausdrücklich darauf verzichten - ohne eine mündliche Verhandlung möglich sein muß, wenn die besonderen Umstände dies erfordern. § 32 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG stellt dies ausdrücklich klar.

Von welchen Faktoren soll das Gericht die Entscheidung darüber abhängig machen, ob eine mündliche Verhandlung anzuberaumen ist oder nicht? Entscheidend wird häufig sein, inwieweit der konkrete Streitfall in tatsächlicher Hinsicht durch die "vorbereitenden Schriftsätze" geklärt ist. Zwar

(12) Es muß nämlich bei dem Grundsatz bleiben, daß das BVerfG nur auf Antrag, niemals von Amts wegen ein Verfahren in Gang bringen kann, vgl. oben S. 52

(13) Wolf, DVBl 1966, 884/890

braucht er im Rahmen des Anordnungsverfahrens noch nicht so weitgehend erschlossen zu sein, wie dies für die Endentscheidung erforderlich ist. Doch muß sich das Gericht ein Bild über die möglichen Auswirkungen des Erlasses oder des Nichterlasses einer eA machen können. Es hat daher darauf hinzuwirken, daß die von den Beteiligten eingereichten Schriftsätze die tatsächliche Lage wenigstens hinsichtlich der Voraussetzungen für den Erlaß einer eA eindeutig klären (1).

Dennoch wird häufig erst eine Aussprache der Beteiligten vor dem Gericht eine Klärung bringen können.

Von Bedeutung für die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung wird ferner die besondere Dringlichkeit im Einzelfall sein. Wenn die zu treffende Regelung keinen Aufschub duldet, wird das Gericht von einer mündlichen Verhandlung absehen (2). Es hat hier abzuwägen zwischen der "Dringlichkeit" einer Regelung und der Frage, ob die Rechte eines der Beteiligten im Falle der Ansetzung einer mündlichen Verhandlung in unzumutbarer Weise gefährdet werden (3).

Letztlich steht die Entscheidung über die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (4), das sich dabei von der Erwägung leiten lassen kann, die Parteien würden sich möglicherweise auf Grund einer mündlichen Verhandlung auch ohne den Erlaß einer eA zu einem freiwilligen "Stillhalteabkommen" oder zu einer "Friedensvereinbarung" bereitfinden (5).

Auch in Fällen von erheblicher politischer Bedeutung wird eine mündliche Verhandlung zweckmäßig sein (6), schon um nicht den Verdacht aufkommen zu lassen, das BVerfG wolle die Streitbeteiligten mit einer eA "überfahren".

Eine generelle Regelung kann nicht aufgestellt werden. Letztlich sind Gründe der Prozeßökonomie maßgebend (7), so daß das Gericht über die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung nur von Fall zu Fall zu entscheiden hat.

(1) Lechner, Komm., zu § 32 Abs.2; Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.31 zu

(2) E 1, 1/3 / § 32

(3) Lechner, Komm., zu § 32 Abs.2

(4) Geiger, Komm., 6 zu § 32

(5) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.31 zu § 32

(6) Lechner, Komm., zu § 32 Abs.2

(7) Klein, DVBl 1964, 90

II. DIE GEWÄHRUNG RECHTLICHEN GEHÖRS

Eine gerichtliche Entscheidung, auch eine solche des BVerfG, darf nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse verwerten, zu denen Stellung zu nehmen den Beteiligten Gelegenheit geboten war (8).

Es stellt sich die Frage, inwieweit diesem Prinzip des rechtlichen Gehörs, das durch Art.103 Abs.1 GG Verfassungsrang erhalten hat, im Verfahren der eA Rechnung getragen wird.

§ 28 des Regierungsentwurfes (9) hatte in Abs.1 Satz 2 ausdrücklich vorgesehen:

"Vor dem Erlass der einstweiligen Anordnung sind die Beteiligten zu hören."
Dieser Satz ist in den Ausschlußberatungen gestrichen worden.

§ 32 Abs.2 a.F. BVerfGG lautete in seiner endgültigen Form lediglich:

"Die einstweilige Anordnung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen."

Hieraus könnte der Schluß gezogen werden, daß den Beteiligten im Anordnungsverfahren keine Gelegenheit zur Darlegung ihrer Ansichten gegeben werden müsse.

Lassen wir die Ergänzung des § 32 Abs.2 durch das 3. Änderungsgesetz vom 3. August 1963 (10) einmal außer Betracht, so ergab sich schon ohne Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes unmittelbar aus Art.103 Abs.1 GG die Verpflichtung für das Gericht, die am Verfahren Beteiligten zu hören. Der Verfassungssatz konnte nicht durch ein einfaches Gesetz abgeändert werden.

Die genannte Gesetzesnovelle brachte eine Ergänzung des § 32 Abs.2 BVerfGG durch einen zweiten Satz mit folgendem Wortlaut:

"Bei besonderer Dringlichkeit kann das Bundesverfassungsgericht davon absehen, den am Verfahren zur Hauptsache Beteiligten, zum Beitritt Berechtigten oder Äußerungsberechtigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben."

Der Gesetzgeber ist also eindeutig vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs ausgegangen. Der neu eingefügte Satz enthält - neben der positiven Regelung der bisherigen Gerichtspraxis (11) - lediglich eine Einschränkung des Prinzips zugunsten einer "besonderen Dringlichkeit", die eine Verzögerung der Ent-

(8) E 6, 12/14; 7, 275/278

(9) Bundestagsdrucksache Nr. I/788

(10) BGBl. I, 589

(11) Klein, DVBl 1964, 90

scheidung über die eA durch die Einholung von Stellungnahmen der näher bezeichneten Kreise verbietet.

An das Vorliegen dieser "besonderen Dringlichkeit" sind naturgemäß höhere Anforderungen zu stellen als an die "normale", zum Erlaß einer eA in § 32 Abs.1 BVerfGG gebotene Dringlichkeit (12).

Bei solchen Fällen der Notwendigkeit eines "sofortigen Zugriffs" ist immer besondere Vorsicht geboten. Es handelt sich hierbei um einen Eingriff in verfassungsrechtlich garantierte Rechte des Betroffenen. Das BVerfG hat Ausnahmen vom Grundsatz der vorherigen Anhörung nur für zulässig erachtet, wenn dies unabweisbar ist, um nicht den Zweck der Maßnahme zu gefährden (13). Es hat auch darauf verwiesen, daß der Rechtsstaatsgedanke verlange, dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, sich wenigstens nachträglich gegen die angeordnete Maßnahme zu wehren. Es müsse daher auf Verlangen des Betroffenen zu einem Nachverfahren kommen, in dem ihm rechtliches Gehör gewährt und über die Berechtigung der getroffenen Maßnahme entschieden werde.

Diesem Postulat ist in § 32 Abs.3 BVerfGG Genüge getan, wonach der gegen eine durch Beschluß erlassene eA eingelegte Widerspruch des Antragsgegners zu einer kurzfristig, spätestens 2 Wochen nach Eingang der Widerspruchsbeurkundung stattfindenden mündlichen Verhandlung führt.

Abgesehen von dem Fall der "besonderen Dringlichkeit" besteht die Pflicht für das BVerfG, die "Verfahrensbeteiligten" und die "Äußerungsberechtigten" (14) vor dem Erlaß einer eA zu hören.

Nicht zu folgen ist der Ansicht Geigers (15), wonach für die Anhörung der Beteiligten dem BVerfG ein Ermessensspielraum eingeräumt sein soll, denn diese Auffassung ist mit Art.103 Abs.1 GG unvereinbar.

Sofern das Gericht zu einer mündlichen Verhandlung lädt, auf Grund deren über den Erlaß einer eA verhandelt werden soll, muß es allen Beteiligten spätestens gleichzeitig mit der Ladung zum Termin den Antrag auf Erlaß einer eA zustellen. Sofern eine eA von Amts wegen vorgesehen ist, muß den Beteiligten der Inhalt der erwogenen Anordnung bekanntgegeben werden (16).

(12) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.30 zu § 32

(13) E 9, 89/98

(14) zu beiden Begriffen später mehr

(15) Komm., 6 zu § 32

(16) Geiger, Komm., 6 zu § 32; Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.32 zu § 32

Auch den "Äußerungsberechtigten" ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Berechtigung zur "Äußerung" (17) bezieht sich zwar ausdrücklich nur auf die Hauptsache, sie muß ihnen aber auch im Rahmen des Anordnungsverfahrens zustehen.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird im Beschlußverfahren (also in einem Verfahren ohne mündliche Verhandlung) nicht in der Form des "Anhörens" vor dem erkennenden Senat, sondern durch die den Verfahrensbeteiligten und den Anhörungsberechtigten eingeräumte Möglichkeit verwirklicht, ihren Rechtsstandpunkt gegenüber dem Gericht schriftlich darzulegen.

Der Unterschied der Gewährung rechtlichen Gehörs im Urteils- und im Beschlußverfahren ist demnach kein qualitativer, sondern lediglich ein formeller.

III. DER ZEITPUNKT DES ERLASSES EINER EA

Eine eA kann nur vor der Entscheidung zur Hauptsache, niemals gleichzeitig mit dieser oder gar erst dieser nachfolgend ergehen.

Klein (18) hält jedoch auch eAen innerhalb oder nach Erlass der Endentscheidung für möglich, um die Folgen dieser Entscheidung für das gesamte Staatsleben zu mildern. Als Beispiel führt er an, wenn eine den Haushalt tragende Steuer für verfassungswidrig erklärt und damit der gesamte Staatshaushalt gefährdet sei, soll das BVerfG gehalten sein, von Amts wegen eine Übergangsregelung bis zur finanziellen Neuordnung des staatlichen Finanzwesens zu bestimmen. Das Gericht gestalte damit keine dem Gesetzgeber zustehenden Befugnisse, sondern sichere lediglich den Vollzug der Entscheidung bis zur Gestaltung durch den Gesetzgeber.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar muß das Gericht dafür Sorge tragen können, daß eine von ihm getroffene Entscheidung auch tatsächlich vollzogen wird, wobei die sich möglicherweise ergebenden Nachteile für das Gesamtwohl durch eine "Übergangsregelung" abgewendet werden müssen, doch kann dies niemals durch eine eA geschehen, sondern nur durch eine "Vollstreckungsregelung" nach § 35 BVerfGG.

(17) vgl. §§ 37, 77, 82, 83, 85, 94 BVerfGG

(18) BVerfGG-Komm., Rdz.14 zu § 32

IV. DER ENTSCHEIDENDE SENAT UND MEHRHEITSERFORDERNISSE

Zuständig zur Entscheidung über die eA ist mangels einer besonderen Regelung der Senat, bei dem die Hauptsache bereits anhängig ist oder der zur Entscheidung über die Hauptsache zuständig sein wird (19).

In der Regel genügt für den Erlaß einer eA die einfache Mehrheit der an der Entscheidung mitwirkenden Richter (§ 15 Abs.2 Satz 3 BVerfGG).

Lediglich in den Verfahren nach § 13 Nr.1 (Grundrechtsverwirkung), Nr.2 (Parteiverbot), Nr.4 (Bundespräsidentenanklage) und Nr.9 (Richteranklage) bedarf es zu einer dem Antragsgegner nachteiligen Entscheidung einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder (20) des Senats (nicht der entscheidenden Richter). "Nachteilig" ist jede Entscheidung, die dem Begehren des Antragstellers ganz oder teilweise stattgibt, durch welche also die rechtliche Lage des Antragsgegners verschlechtert wird (21). Das gilt auch für die eA.

Über den Antrag auf Erlaß einer eA kann auch der Ausschuß nach § 93a BVerfGG, der die Verfassungsbeschwerden vorzuprüfen und zur Entscheidung anzunehmen hat, entscheiden (22), denn im Rahmen seiner Zuständigkeit ist dieser Ausschuß "das BVerfG". Die weiterreichende Kompetenz zur einstimmigen Ablehnung der Annahme einer Verfassungsbeschwerde umfaßt auch die Befugnis, den im Zusammenhang mit einer von ihm zu behandelnden Verfassungsbeschwerde gestellten Antrag auf Erlaß einer eA durch einstimmigen Beschluß abzulehnen.

Ebenso konnte der frühere "Vorprüfungsausschuß" nach § 91a a.F. den Antrag auf Erlaß einer eA zurückweisen (23).

Schließlich findet sich in § 105 Abs.5 BVerfGG insofern eine Sonderbestim-

(19) vgl. dazu § 14 BVerfGG und den hierzu ergangenen Ausführungsbeschluß des Plenums des BVerfG vom 13. Dezember 1959 (BGBl. I, 673)

(20) Die gesetzliche Mitgliederzahl eines jeden der beiden Senate beträgt nach § 2 Abs.2 BVerfGG nunmehr acht. Nach § 15 Abs.2 ist jeder Senat aber bereits beschlußfähig, wenn mindestens sechs Richter anwesend sind. Im "Normalfall" müssen also mindestens vier (bzw. bei "voller" Besetzung fünf), in den eine qualifizierte Mehrheit erfordernden Fällen mindestens sechs Richter die eA befürworten.

(21) Lechner, Komm., 2 zu § 15 Abs.2

(22) E 18, 34/36 und 18, 151

(23) E 16, 236

mung, als dort das Plenum des BVerfG mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Gerichts einen Richter durch eA vorläufig seines Amtes entheben kann.

V. DIE FORM DER ANORDNUNGSENTSCHEIDUNG

Die Entscheidung über den Antrag auf Erlaß einer eA kann durch Beschluß oder Urteil erfolgen.

Sofern eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, erläßt das Gericht ein Urteil, wie sich aus § 25 Abs.2 BVerfGG ergibt (24).

Findet keine mündliche Verhandlung statt - sei es, weil alle Beteiligten ausdrücklich auf sie verzichtet haben (§ 25 Abs.1 BVerfGG), sei es, weil das Gericht sie nicht für opportun hält -, ergeht die Entscheidung über die eA in Beschlußform (25).

Im übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften für "Entscheidungen" des Gerichts. So ergehen auch die eAen nach § 25 Abs.4 BVerfGG "im Namen des Volkes", sind schriftlich abzufassen, bedürfen einer Begründung und sind von den mitwirkenden Richtern zu unterzeichnen (§ 30 Abs.1 Satz 2 BVerfGG).

VI. EA NACH BEREITS ERFOLGTER ABLEHNUNG

Schließlich ist noch auf die Möglichkeit einzugehen, eine eA trotz bereits einmal (oder mehrmals) erfolgter Ablehnung eines entsprechenden Antrages in dem konkreten Streitfall zu erlassen. Der Gesetzeswortlaut sagt hierüber nichts aus. Er steht einem erneuten und von der früheren Entscheidung abweichenden Erkenntnis nicht entgegen.

Es stellt sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein erneuter Antrag auf Erlaß einer eA zulässig sein kann.

Im Hinblick auf das Rechtsschutzbedürfnis hat das BVerfG einmal (26) ausgeführt, daß dieses bei der Erneuerung eines Antrags auf eA bei bereits einmal

(24) vgl. § 922 Abs.1 ZPO

(25) Bisher sind von den eAen, die in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht sind, 14 durch Beschluß und nur 2 durch Urteil ergangen.

(26) E 4, 110/113

erfolgter Ablehnung nur dann gegeben sei, wenn der erneute Antrag auf neue Gründe gestützt werde.

Im BVerfGG findet sich in § 41 eine diesen Rechtsgedanken enthaltende Vorschrift. Wenn das BVerfG im Verfahren der Grundrechtsverwirkung über einen Antrag sachlich entschieden hat, so kann dieser gegen denselben Antragsgegner nur wiederholt werden, wenn er auf neue Tatsachen gestützt wird (27). Aus dieser Regelung kann ein allgemeiner Rechtsgedanke abgeleitet werden, der unabhängig von den konkreten Verfahren, in denen er ausdrücklich genannt ist, allgemein im verfassungsgerichtlichen Verfahren Geltung beansprucht.

Demnach steht einem späteren Erlaß einer eA nicht entgegen, daß bereits ein diesbezüglicher Antrag zurückgewiesen worden ist, sofern er nur auf neue Tatsachen gestützt werden kann.

Drittes Kapitel: Die Sicherung der Anordnungsentscheidung

I. ABGRENZUNG ZUR VOLLSTRECKUNGSANORDNUNG

Der Durchsetzung einer eA dient in erster Linie eine Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG (1). In aller Regel bedarf darüber hinaus ein Erkenntnis des Gerichts - auch wenn es nur vorläufiger Natur ist - keiner Sicherung. Kraft der vom Gericht ausgehenden Autorität wird dessen Spruch respektiert werden, insbesondere in Verfahren, an denen Organe des Bundes oder der Länder beteiligt sind. Die dort wirksamen politischen Kräfte und die von der Allgemeinheit ausgeübte demokratische Kontrolle garantieren ein striktes Befolgen des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses.

Anders ist es jedoch in Verfahren, bei denen ein verfassungswidriges Verhalten eines einzelnen oder einer Gruppe festgestellt werden soll.

Wird ein Verfahren der Grundrechtsverwirkung eingeleitet, so besteht der Verdacht, daß der Antragsgegner die ihm von Verfassungs wegen eingeräumten

(27) Diese Vorschrift ist im Parteiverbotsverfahren (§ 47 BVerfGG) und im Verfassungsbeschwerdeverfahren (§ 96 BVerfGG) für entsprechend anwendbar erklärt.

(1) siehe dazu unten S. 180

Freiheitsrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht hat.

Im Parteiverbotsverfahren wird gegen eine Partei der Vorwurf erhoben, sie gehe darauf aus, diese freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen usw.

Wenn auch zum Zeitpunkt des Erlasses einer eA in diesen Verfahren noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Person oder die Partei tatsächlich Verfassungsrechte mißbraucht hat, so ist doch das "Vertrauen" in den Respekt der Betroffenen vor einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung erschüttert. Gerade in diesen Fällen bedürfen die Gerichtsentscheidungen eines besonderen Schutzes.

II. DIE STRAFRECHTLICHEN SCHUTZRECHTE

Das BVerfGG kennt einen strafrechtlichen Schutz der Gerichtsentscheidungen in den Fällen des Grundrechtsverwirkungsverfahrens (§ 42 BVerfGG) und des Parteiverbotsverfahrens (§ 47 in Verbindung mit § 42 BVerfGG). Hierbei handelt es sich um echte Strafvorschriften, auf die die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches Anwendung finden, nicht etwa um besondere Zwangsmittel zur Durchsetzung der Entscheidung des BVerfG.

1. Die Regelung des § 42 BVerfGG

Im Verfahren der Grundrechtsverwirkung werden vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen eine Entscheidung des BVerfG oder gegen die im Vollzug der Entscheidung getroffenen Maßnahmen (also gegen Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG) mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft. Der Unrechtsgehalt der Tat liegt in der Fortsetzung des Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder zumindest in der in der Auflehnung gegen die Entscheidung des Gerichts liegenden Gefährdung und Bedrohung der staatlichen Grundordnung (2).

Auch die eA ist als eine "Entscheidung" durch § 42 BVerfGG geschützt.

Täter kann jede natürliche Person sein, auch die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Vertreter juristischer Personen, falls sie in dieser Eigenschaft und im

Interesse der deliktsunfähigen juristischen Person vorsätzlich der eA zuwidergehandelt haben (3).

2. Die Regelung der §§ 47/42 BVerfGG

Für das Parteiverbotsverfahren verweist § 47 auf die entsprechend anzuwendende Strafnorm des § 42 BVerfGG.

Hier richtet sich eine eA nicht - wie im Verfahren der Grundrechtsverwirkung - gegen eine bestimmte natürliche oder juristische Person, sondern gegen eine politische Partei, also in der Regel gegen einen nicht-rechtsfähigen Verein im Sinne von § 54 BGB (4).

Das BVerfG hat in der eA gegen die Sozialistische Reichspartei (5) ausdrücklich auf die Strafdrohung der §§ 47, 42 BVerfGG hingewiesen.

Täter können alle Funktionäre und Mitglieder der Partei sein, ferner beliebige Dritte, die den vorläufigen Anordnungen des BVerfG nicht Folge leisten(6).

Viertes Kapitel: Rechtsbehelfsverfahren

I. ZULÄSSIGKEIT UND VORAUSSETZUNGEN DES WIDERSPRUCHS

1. Die Statthaftigkeit

Nach § 32 Abs.3 Satz 1 BVerfGG kann Widerspruch eingelegt werden, sofern die eA durch Beschluß erlassen oder abgelehnt ist. Dagegen ist eine im Urteilsverfahren ergangene Entscheidung nicht anfechtbar (1).

Der Grund für die gesetzliche Regelung liegt darin, daß bei einer Anordnungsentscheidung ohne mündliche Verhandlung das ohnehin summarischen Charak-

(3) vgl. dazu Schönke-Schröder, StGB, 13. Aufl., München und Berlin 1967, Rdz.54 Vorbem. vor § 47; Helfferich, a.a.O., S.135

(4) Zur Rechtsnatur der Parteien siehe etwa Soergel-Siebert, BGB, 9. Aufl., Stuttgart 1959, Rdz.54 zu § 54

(5) E 1, 349/350

(6) Geiger, Komm., 3 zu § 47

(1) Die Formulierung von Klein (BVerfGG-Komm., Rdz.37 zu § 32), wonach "gegen jede Entscheidung über die eA ... der Rechtsbehelf des Widerspruchs" gegeben sein soll, ist mißverständlich.

ter aufweisende Verfahren noch einmal "verkürzt" ist um die fakultative mündliche Verhandlung. Auch entspricht die Möglichkeit eines "Nachverfahrens" - insbesondere angesichts der dem Gericht eingeräumten Befugnis, bei "besonderer Dringlichkeit" auch ohne die Gewährung rechtlichen Gehörs eine eA zu erlassen - rechtsstaatlichen Forderungen.

Eine gesetzliche Einschränkung des Widerspruchsrechts hat die Änderungsnovelle vom 3. August 1963 (2) gebracht. Nach § 32 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG kann der Beschwerdeführer im Verfassungsbeschwerdeverfahren keinen Widerspruch einlegen, wenn die von ihm beantragte eA erlassen oder abgelehnt wird. Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes sah diese Einschränkung nicht vor. Das Widerspruchsrecht des Verfassungsbeschwerdeführers schien dem Gesetzgeber entbehrlich, da es in der Praxis keine Rolle gespielt hat (3).

2. Widerspruch bei Ablehnung einer eA

Der Widerspruch kann bei völliger oder auch teilweiser Ablehnung einer beantragten eA eingelegt werden, gleichgültig, ob der Antrag als unzulässig oder als unbegründet zurückgewiesen worden ist (4).

Das Widerspruchsrecht steht in diesen Fällen dem Antragsteller zu (5). Er ist formell beschwert, denn er hat vom Gericht nicht das erhalten, was er beantragt hat.

Eine besondere Bedeutung kommt dem Widerspruch gegen eine ablehnende Entscheidung jedoch nicht zu, weil das Gericht auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen nicht zum Erlass einer eA verpflichtet ist, hierüber vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet.

Mit einem Widerspruch wird in aller Regel nur erreicht werden können, daß das BVerfG seine ablehnende Entscheidung noch einmal überprüft und dabei besondere Sorgfalt auf eine pflichtgemäße Ausübung des Ermessens legt (6). Doch werden neue Tatsachen das Gericht möglicherweise zu einer anderen Entscheidung veranlassen können.

(2) BGBl. I, 589

(3) Klein, DVBl 1964, 90

(4) Geiger, Komm., 10 zu § 32

(5) nicht jedoch dem Beschwerdeführer im Verfassungsbeschwerdeverfahren, vgl. § 32 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG

(6) Helfferich, a.a.O., S. 116

3. Widerspruch bei Erlaß einer eA

Größere Bedeutung kommt dem Widerspruch gegen den Erlass einer eA zu, weil von dieser Entscheidung in aller Regel ein größerer Kreis betroffen ist. Berechtigt zur Einlegung des Widerspruchs ist in erster Linie der Antragsgegner. Ihm wird durch die vorläufige Anordnung ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben. Aber auch sonstige Beteiligte müssen ein Widerspruchsrecht haben, sofern die eA in ihre Rechtssphäre eingreift und sie belastet (7). Das "Betroffensein" von einer eA genügt aber nicht, vielmehr müssen die Widerspruchsberechtigten Verfahrensbeteiligte im eigentlichen Sinne sein (bzw. werden können) (8). Nicht zur Einlegung des Widerspruchs berechtigt sind daher die "Sachverhaltsbeteiligten", weil sie nicht am Verfassungsrechtsstreit prozessual beteiligt sind (9).

Der Widerspruch kann nicht nur gegen die erstmals erlassene eA, sondern auch gegen die nach § 32 Abs.5 Satz 2 BVerfGG mögliche wiederholte einstweilige Regelung eingelegt werden (10).

4. Frist und Form

Eine Frist, innerhalb der ein Widerspruch eingelegt werden müßte, ist nicht vorgesehen. Der Gesetzgeber hat mit der Initiative der mit der eA Unzufriedenen gerechnet (11). Solange die eA daher in Kraft ist, kann Widerspruch erhoben werden (12).

Er bedarf als Teil eines Sachantrages von selbständiger Bedeutung der Schriftform (13). Nicht erforderlich ist die ausdrückliche Bezeichnung als Widerspruch. Aus dem Schriftsatz muß nur unzweideutig hervorgehen, daß eine Überprüfung der Anordnungsentscheidung gewünscht wird.

(7) Geiger, Komm., 10 zu § 32; Lechner, Komm., zu § 32 Abs.3

(8) unklar Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.37 zu § 32

(9) E 8,122/130; vgl. unten S. 173

(10) Lechner, Komm., zu § 32 Abs.5

(11) Geiger, Komm., 10 zu § 32

(12) Lechner, Komm., zu § 32 Abs.3; Helfferich, a.a.O., S.117

(13) Lechner, Komm., 1 zu § 23 Abs.1

5. Rechtsschutzinteresse

Auch der Widerspruch verlangt ein Rechtsschutzinteresse (14), das in aller Regel fehlt, wenn er erst unmittelbar vor Erlaß der Endentscheidung eingelegt wird (15). Mit der Sachentscheidung wird nämlich auch der eingelegte Widerspruch hinfällig. Ist dagegen zum Zeitpunkt der Einlegung des Widerspruches nur mit einer Teilentscheidung (§ 25 Abs.3 BVerfGG) zu rechnen, kann die eA bis zur abschließenden Entscheidung bestehen bleiben und daher auch noch weitere Wirkungen äußern. In einem solchen Fall ist auch ein Rechtsschutzbedürfnis für den Widerspruch zu bejahen.

Im übrigen ist für die "Beschwer" auf die Besonderheiten des Einzelfalles und der konkreten Verfahrensart abzustellen. Wird etwa der Vollzug eines Bundesgesetzes einstweilen ausgesetzt, so können der Bundestag, die Bundesregierung und der Bundespräsident "beschwert" sein (16).

6. Notwendigkeit einer Begründung

Jeder Widerspruch bedarf einer Begründung, wie sich mittelbar aus § 32 Abs.3 Satz 4 BVerfGG ergibt, wonach die mündliche Verhandlung spätestens zwei Wochen nach Eingang der Begründung des Widerspruches stattzufinden hat. Aus dieser Vorschrift ergibt sich auch, daß Einlegung und Begründung des Widerspruches nicht in einem Schriftsatz erfolgen müssen.

Eine Begründungsfrist ist gesetzlich nicht vorgesehen. Man wird aber dem Gericht die Befugnis zubilligen müssen, dem Widerspruchsführer eine Frist zur Begründung zu setzen (17). Das ist nicht ganz selbstverständlich, da der Widerspruch lediglich im Interesse des Betroffenen eingeräumt ist. Betreibt er das Widerspruchsverfahren nicht mit dem erforderlichen Nachdruck, unterläßt er die Begründung, muß er auch -so könnte man folgern- die Konsequenzen tragen. Andererseits liegt es aber im Interesse der Verfassungsgerichtsbarkeit, in möglichst kurzer Zeit Klarheit über die einzelnen beim BVerfG anhängigen Verfahren zu gewinnen.

(14) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.38 zu § 32; Lechner, Komm., zu § 32 Abs.3

(15) Helfferich, a.a.O., S.118

(16) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.28 zu § 32

(17) Helfferich, a.a.O., S.118

7. Verzicht und Rücknahme des Widerspruches

Ein - vor oder nach Erlaß der eA erklärter - Verzicht auf Einlegung eines Widerspruches ist zulässig.

Ebenso kann ein bereits eingelegter Widerspruch von dem Widerspruchsführer zurückgenommen werden.

Beide Möglichkeiten sind ohne Bedenken zulässig, weil sie lediglich im Interesse des Beschwerten eingeräumt sind (18).

8. Wiederholter Widerspruch

Ist bereits in einer Anordnungssache einmal ein Widerspruch verworfen oder zurückgewiesen worden, dann stellt sich die Frage, ob ein erneuter Widerspruch zulässig ist.

Hier wird Entsprechendes wie bei der Wiederholung eines abgelehnten Antrages auf Erlaß einer eA zu gelten haben. Sofern neue Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, die bisher dem Gericht nicht bekannt waren, ist eine wiederholte Widerspruchseinlegung zulässig (19).

II. RECHTSWIRKUNGEN DES WIDERSPRUCHS

1. Keine automatische Vollzugshemmung

Weder die Einlegung noch die Begründung des Widerspruches können den Vollzug der eA hemmen. § 32 Abs.4 Satz 1 BVerfGG legt dem Widerspruch keine aufschiebende Wirkung bei. Die eA wird durch den Rechtsbehelf nicht beeinträchtigt und gilt bis zur Entscheidung über den Widerspruch bzw. über die Hauptsache unverändert fort.

2. Möglichkeit der Vollzugsaussetzung

In § 32 Abs.4 Satz 2 BVerfGG ist dem Gericht die Möglichkeit gegeben, die Vollziehung der angefochtenen eA ganz oder teilweise (20) auszusetzen.

(18) Geiger, Komm., 10 zu § 32; Lechner, Komm., zu § 32 Abs.3; Förster, a.a.O., S.56

(19) Helfferich, a.a.O., S.119

(20) Geiger, Komm., 10 zu § 32

Diese Vollzugsaussetzung hindert zwar die Vollstreckung der eA und entbindet von der Durchführung der geforderten Maßnahmen. Sie beseitigt aber nicht die Bindung an die Anordnungsentscheidung, soweit diese eines Vollzuges nicht bedarf (21).

Der eingelegte Widerspruch gibt jedoch keinen Anspruch auf Aussetzung der Vollziehung (22). Die Entscheidung hierüber trifft das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen.

Zweifelhaft ist, ob die Vollziehung der eA auch ausgesetzt werden kann, wenn kein Widerspruch eingelegt ist oder nicht eingelegt werden kann, weil die eA auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen und demnach nicht anfechtbar ist.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes könnte geschlossen werden, daß nur im Falle eines Widerspruches die Vollzugsaussetzung angeordnet werden könne. Zwingend ist dies jedoch nicht. Dem Widerspruch fehlt nach § 32 Abs.4 Satz 1 BVerfGG der Suspensiveffekt. Im nachfolgenden Satz ist dann bestimmt, daß das Gericht die Vollziehung der eA aussetzen kann. Damit wird nicht an den Widerspruch, sondern an den fehlenden Suspensiveffekt angeknüpft.

Die Möglichkeit, die Vollziehung der eA durch Beschluß auszusetzen, kommt im Ergebnis dem Suspensiveffekt des Widerspruches gleich, nur liegt die Herbeiführung dieser Wirkung in Händen des Gerichts, nicht der Beteiligten, was der Stellung des BVerfG auch eher entspricht.

Ferner läßt sich für die hier vertretene Auffassung noch anführen, daß die eA der Rechtskraft mangelt. Wie das BVerfG jederzeit die eA ändern und außer Kraft setzen kann, kann es auch deren Vollziehung vorläufig aussetzen (23).

III. DIE ENTSCHEIDUNG ÜBER DEN WIDERSPRUCH

1. Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Senate

Eine besondere Zuständigkeitsregelung für die Entscheidung über den Widerspruch ist nicht getroffen. Somit ist der Senat, der die eA erlassen oder abgelehnt hat, auch zur Entscheidung über den Widerspruch berufen (24).

(21) Geiger, Komm., 10 zu § 32

(22) Lechner, Komm., zu § 32 Abs.4

(23) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.42 zu § 32

(24) Geiger, Komm., 10 zu § 32

Hat zwischen Erlaß der eA und der Entscheidung über den Widerspruch ein Wechsel in der Zuständigkeitsverteilung nach § 14 Abs.4 BVerfGG stattgefunden, so hat der nunmehr zuständige Senat über den Widerspruch zu entscheiden (25), da mit der Zuständigkeit auch die "Rechtshängigkeit" des verfassungsgerichtlichen Streitfalles vom einen zum anderen Senat wechselt.

2. Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung

Binnen zwei Wochen nach Eingang der schriftlichen Widerspruchsbegründung hat eine obligatorische mündliche Verhandlung über den Widerspruch stattzufinden (§ 32 Abs.3 Satz 4 BVerfGG), falls sich der Widerspruch nicht vorher anderweitig erledigt. Die Beteiligten und die von der eA unmittelbar Betroffenen sind zu laden. Sofern noch kein Verfahren in der Hauptsache anhängig ist, sind alle "potentiellen" Beteiligten zu laden (26). Nur die unmittelbar Betroffenen können geladen werden. Dies wird bedeutsam bei der einstweiligen Aussetzung des Vollzuges eines Gesetzes. Die Zahl der nur mittelbar Betroffenen wäre ungeheuer groß und kaum exakt festzustellen.

3. Maßgebender Zeitpunkt für die Entscheidung über den Widerspruch

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung über den Widerspruch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Erlaß einer eA gegeben waren. Dabei ist fraglich, ob das Gericht eine zwischenzeitlich eingetretene Änderung der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen hat, ob also auf den Sach- und Streitstand zur Zeit des Erlasses der eA oder zur Zeit der Entscheidung über den Widerspruch abzustellen ist.

Maßgebend muß der Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch sein (27), denn die kurzlebige eA muß soweit wie nur eben möglich "auf dem laufenden" sein und den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen.

Die Nachprüfung bezieht sich auf sämtliche Voraussetzungen für den Erlaß der eA. Stellt sich heraus, daß die eA wegen Fehlens einer oder mehrerer Voraussetzungen nicht hätte ergehen dürfen, so hat das BVerfG die eA mit

(25) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.39 zu § 32

(26) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.41 zu § 32

(27) a.A. Helfferich, a.a.O., S.117

Wirkung ex tunc aufzuheben. Es ist jedoch berechtigt, zugleich mit der Aufhebung durch eine neue eA der veränderten Situation Rechnung zu tragen (28).

4. Mehrheitserfordernisse

Der Senat entscheidet nach § 15 Abs.2 Satz 3 BVerfGG mit einfacher Mehrheit der mitwirkenden Richter. Jedoch bedarf nach § 15 Abs.2 Satz 2 BVerfGG jede dem Antragsgegner nachteilige Entscheidung im Falle der Grundrechtsentziehung, des Parteiverbots, der Präsidentenanklage und der Richteranklage einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Senats. Zwar gilt dies ausdrücklich nur für die Hauptsache, muß aber entsprechend im Anordnungsverfahren zum Zuge kommen (29).

5. Entscheidungsmöglichkeiten

Die Entscheidung über den Widerspruch, die allen Verfahrensbeteiligten zuzustellen ist (§ 30 Abs.2 BVerfGG), kann auf Aufhebung, Abänderung oder Ergänzung der eA lauten, sofern der Widerspruch Erfolg hat, oder aber auf Ablehnung des Widerspruchs (bzw. auf Bestätigung der eA) lauten, sofern ihm kein Erfolg beschieden ist (30).

Die Entscheidung ergeht, da eine mündliche Verhandlung stattfindet, durch Urteil (§ 25 Abs.2 BVerfGG).

Das Gericht ist an Anträge der Beteiligten nicht gebunden.

Unberührt bleibt auch die Möglichkeit zur a-limine-Abweisung nach § 24 BVerfGG, wonach unzulässige, verspätete oder offensichtlich unbegründete Anträge sowie Anträge von offensichtlich Nichtberechtigten durch einstimmigen Beschluß des Gerichts verworfen werden können.

(28) Helfferich, a.a.O., S.117

(29) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.43 zu § 32; a.A. Geiger, Komm., 10 zu § 32 und Lechner, Komm., zu § 32 Abs.5, wonach einfache Mehrheit genügen soll.

(30) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.44 zu § 32; Geiger, Komm., 10 zu § 32; Lechner, Komm., zu § 32 Abs.3

IV. FÄLLE DER ERLEDIGUNG DES WIDERSPRUCHS

1. Die Entscheidung in der Hauptsache

Einmal erledigt sich der eingelegte Widerspruch, wenn die Entscheidung in der Hauptsache ergeht. Für eine Widerspruchsentscheidung ist dann kein Raum mehr.

Gleichgültig ist, ob die Endentscheidung mit oder ohne mündliche Verhandlung ergeht, auch wenn für die Entscheidung über den Widerspruch mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist (31).

2. Der Fristablauf der eA

Ein weiterer Fall der Erledigung des Widerspruches liegt vor, wenn die eA nach Ablauf der Dreimonatsfrist außer Kraft tritt. Eine Entscheidung über den Widerspruch ginge ins Leere. Der Antragsteller kann nunmehr eine erneute eA, auch mit anderem Inhalt, begehren.

Fünftes Kapitel: Die "Beteiligten" des Anordnungsverfahrens und ihre Rechte innerhalb des Verfahrens

I. ABGRENZUNGEN

Das Gesetz kennt die Begriffe "Beteiligte", "Anhörungsberechtigte" und "Beitrittsberechtigte".

Das BVerfG hat daneben noch den Begriff der "Sachverhaltsbeteiligten" geprägt.

1. Die "Beteiligten" im engeren Sinne (1) sind die eigentlichen Prozeßbeteiligten, die Streitbeteiligten, die den Verfassungsrechtsstreit "unter sich auskämpfen". Sie entsprechen den Parteien des Zivilprozesses (2).

(31) Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.40 zu § 32

(1) vgl. §§ 20; 22 Abs.1 Satz 1 und Satz 4; 23 Abs.2 und Abs.3; 25; 29; 30 Abs.2; 32 Abs.2 Satz 2; 73 Abs.1; 80 Abs.3; 82 Abs.3; 88/82 Abs.3; 94 Abs.5 BVerfGG

(2) Zum Begriff der am Verfassungsprozeß "Beteiligten" vgl. Lechner, Komm., Anm.D vor § 17

2. Daneben kennt das BVerfG die "Beitrittsberechtigten" (3). Sie werden von der Streitsache immerhin derart in ihren Rechten berührt, daß das Gesetz ihnen die Möglichkeit einräumt, durch eigenen Willensentschluß und entsprechende Erklärung sich in die Rolle eines unmittelbar Beteiligten zu begeben.

3. Den "Anhörungsberechtigten" (4) ist eine bedeutend schwächere Stellung als den Beteiligten und Beitrittsberechtigten eingeräumt. Auch wenn sie es wollten, könnten sie nicht dem Verfahren beitreten. Doch werden ihre Interessen von der Entscheidung des BVerfG berührt, so daß ihnen die Möglichkeit gegeben wird, zur Sach- und Rechtslage aus ihrer Sicht Stellung zu nehmen.

4. Schließlich hat das BVerfG noch den Begriff der "Sachverhaltsbeteiligten" geprägt (5). Hierunter sind diejenigen zu verstehen, auf die die Wirkung einer eA erstreckt werden kann, weil sie auf die Veränderung der im Streit befangenen und vorläufig zu regelnden Verhältnisse einzuwirken in der Lage sind.

II.. DIE VERFAHRENSBETEILIGTEN IM EIGENTLICHEN SINN

1. Personenkreis

Unmittelbar am Verfahren vor dem BVerfG beteiligt sind der oder die Antragsteller sowie (in den kontradiktorischen Verfahren) der oder die Antragsgegner (6). Wer Antragsteller oder Antragsgegner sein kann, regelt abschließend das BVerfGG in seinem III. Teil unter den "Besonderen Verfahrensvorschriften", die zwar ausdrücklich nur für das Verfahren in der Hauptsache gelten, doch bestehen für das Anordnungsverfahren keine Sondervorschriften.

Den "Beitrittsberechtigten" (7) gibt das Gesetz die Möglichkeit, dem Antragsteller oder dem Antragsgegner beizutreten. Sie sind "potentielle Beteiligte". Beteiligte im prozessualen Sinn werden sie erst durch ihren tatsächlichen Beitritt (8); damit erhalten sie die gleichen Rechte wie die "ursprünglichen" Verfahrensbeteiligten.

(3) vgl. §§ 65; 69/65; 82 Abs.2; 83 Abs.2 Satz 2; 88/82 Abs.2

(4) vgl. §§ 37; 77; 82 Abs.3 und Abs.4 Satz 3; 83 Abs.2 Satz 1; 84/82 Abs.3; 85 Abs.2; 88/82 Abs.3; 94 Abs.1, 2, 3 und 4/77 BVerfGG

(5) E 8, 42/46 und 8, 122/130; 12, 36/45

(6) vgl. § 23 Abs.2 BVerfGG, wonach der Vorsitzende den Antrag "...dem Antragsgegner und den übrigen Beteiligten" zustellt

(7) vgl. §§ 65; 69; 82 Abs.2; 83 Abs.2 Satz 2; 88 BVerfGG

(8) Geiger, Komm., 3 zu § 65

2. Rechtsstellung

a) Initiativrechte

aa) Das Antragsrecht:

Das Recht, den Erlaß einer eA beantragen zu können, ist gesetzlich nicht geregelt. Das BVerfGG enthält lediglich Vorschriften darüber, wer den Antrag zur Einleitung eines Hauptverfahrens stellen kann. Mangels besonderer Vorschriften muß allen in der Hauptsache Antragsberechtigten auch die Befugnis zustehen, eine eA zu beantragen. In den kontradiktorischen und Anklageverfahren sind demnach auf jeden Fall die Antragsteller der Hauptsache hierzu befugt.

Das Recht steht aber ebenso den Antragsgegnern und den dem Verfahren Beigetretenen zu (9), was aus der verfahrensrechtlichen Stellung dieser Beteiligten folgt.

Würde der Erlaß einer eA von einem in der Hauptsache nicht Antragsberechtigten gestellt, so wäre dieser Antrag vom Gericht als unzulässig zu verwerfen (§ 24 Satz 1 BVerfGG). Doch kann der Antrag eines Nichtberechtigten - sofern ein Verfahren zur Hauptsache anhängig ist - das Gericht zu der Prüfung veranlassen, ob der Erlaß einer eA von Amts wegen geboten ist.

bb) Das Widerspruchsrecht:

Im Beschlußverfahren stellt sich noch die Frage nach der Berechtigung zur Erhebung des Widerspruchs (§ 32 Abs.3 Satz 1 BVerfGG). Da das Antrags- und das Widerspruchsrecht eng miteinander verbunden sind, fallen beide Rechte zusammen, stehen also nur den Verfahrensbeteiligten im eigentlichen Sinne zu (10).

b) Rechte innerhalb des Anordnungsverfahrens

Die Rechte der Verfahrensbeteiligten im engeren Sinne im Rahmen des Anordnungsverfahrens entsprechen den Rechten innerhalb des Hauptverfahrens (11).

So steht ihnen ein Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs zu (12), in en-

(9) Helfferich, a.a.O., S.123

(10) Geiger, Komm., 10 zu § 32

(11) Diese Rechte können im einzelnen hier nicht näher beleuchtet werden.

(12) vgl. oben S.150 ff

gem Zusammenhang damit im Urteilsverfahren ein Recht auf Anwesenheit im Termin (§ 21 BVerfGG), das uneingeschränkt auch im Beschlußverfahren geltende Recht auf Akteneinsicht (§ 20 BVerfGG), das der Unterrichtung über den jeweiligen Prozeßstand dient und sicherstellen soll, daß das Gericht nicht "mehr weiß" als die Beteiligten.

Ferner haben die Verfahrensbeteiligten das Recht, sich in jeder Lage des Verfahrens durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt oder einen deutschen Hochschullehrer des Rechts vertreten zu lassen, wobei im Urteilsverfahren eine Vertretung in der mündlichen Verhandlung obligatorisch ist (§ 22 Abs.1 Satz 1 BVerfGG).

Die Verfahrensbeteiligten werden auch von allen Beweisternen außerhalb einer mündlichen Verhandlung (13) benachrichtigt und können der Beweisaufnahme beiwohnen (§ 29 BVerfGG).

Schließlich werden alle Entscheidungen des BVerfG, also auch die Anordnungsentscheidungen, den Beteiligten von Amts wegen förmlich zugestellt (§ 30 Abs.2 BVerfGG), gleichgültig, ob die Entscheidung durch Urteil oder Beschluß ergangen ist.

III. DIE "BEITRITTSBERECHTIGTEN" UND DIE "ANHÖRUNGSBERECHTIGTEN"

1. Die Beitrittsberechtigten

a) Personenkreis

Es lassen sich zwei Gruppen unterscheiden: einmal diejenigen, bei denen der Beitritt an bestimmte, im Gesetz näher umschriebene Voraussetzungen geknüpft ist. Das ist in § 65 Abs.1 BVerfGG sowie in der Verweisung des § 69 BVerfGG der Fall. Hiernach können andere Antragsberechtigte dem Antragsteller und dem Antragsgegner in Organstreitigkeiten und in Bund-Länder-Streitigkeiten in jeder Lage des Verfahrens beitreten, "wenn die Entscheidung auch für die Abgrenzung ihrer Zuständigkeiten von Bedeutung ist".

Bei der zweiten Gruppe (§§ 82 Abs.2; 83 Abs.2 Satz 2; 88/82 Abs.2 BVerfGG) sind an den Beitritt, der ebenfalls in jeder Lage des Verfahrens zulässig ist, keine näheren materiellen Voraussetzungen geknüpft.

b) Rechtsstellung

Der Beitritt ist in allen Fällen nur fakultativ vorgesehen. Das BVerfG kann niemanden dazu zwingen.

Der Beitritt erfolgt durch schriftliche Erklärung an das BVerfG, worin zum Ausdruck kommen muß, daß der Beitrittsberechtigte sich am Verfahren beteiligen will. Wirksam wird diese Erklärung mit dem Eingang beim Gericht.

Im Falle des Beitritts zu einem anhängigen Hauptverfahren werden die nur potentiell Verfahrensbeteiligten echte Beteiligte des Verfahrens mit allen diesen zustehenden Rechten und Pflichten.

Zweifelhaft ist, ob den Beitrittsberechtigten das Recht, eine eA zu beantragen, auch schon vor dem Anhängigwerden der Hauptsache zugestanden werden kann. Ihre Situation ist zu diesem Zeitpunkt insofern eine besondere, weil vor Anhängigkeit eines Hauptverfahrens ein Beitritt nicht möglich ist. Sie sind daher in besonderem Maße schutzbedürftig. Billigt man ihnen das Antragsrecht für eine eA nicht zu, dann besteht die Gefahr, daß in ihre Rechte durch die Schaffung vollendeter Tatsachen - noch bevor die Hauptsache anhängig gemacht wird - eingegriffen wird. Ihr später im Hauptverfahren möglicher Beitritt könnte dann bereits eingetretene Schäden nicht mehr beseitigen. Aus diesem Grunde ist es angebracht, den Beitrittsberechtigten die Möglichkeit einzuräumen, auch dann eine eA zu beantragen, wenn noch kein Hauptverfahren anhängig ist und sie daher einen Beitritt noch nicht erklären können (14).

Machen die Beitrittsberechtigten von ihrem Recht zum Beitritt keinen Gebrauch, dann stehen ihnen auch nicht die den Beteiligten im eigentlichen Sinne zukommenden Rechte zu.

Jedoch haben die nach den §§ 82 Abs.2, 83 Abs.2 Satz 2 und 88/82 Abs.2 BVerfGG zum Beitritt Berechtigten auch im Falle ihres Nichtbeitritts ein Recht zur Äußerung, nicht dagegen die nach den §§ 65 Abs.1 und 69/65 BVerfGG Beitrittsberechtigten. Nach § 65 Abs.2 gibt das Gesetz lediglich dem Bundespräsidenten, dem Bundestag, dem Bundesrat und der Bundesregierung Kenntnis von der Einleitung des Verfahrens, damit diese sich entscheiden können, ob sie beitreten oder nicht.

Das Äußerungsrecht gilt auch im Anordnungsverfahren, wie sich aus § 32 Abs.2 Satz 2 BVerfGG ergibt, wonach nur bei "besonderer Dringlichkeit"

(14) Helfferich, a.a.O., S.124, sieht darin eine Art "vorweggenommener" Beitrittserklärung zum noch ausstehenden Hauptverfahren

davon abgesehen werden kann, den zum Beitritt Berechtigten oder Äußerungsberechtigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Zweifelhaft ist, ob auch den Beitrittsberechtigten der §§ 65 und 69, denen im III. Teil des BVerfGG kein Äußerungsrecht zugebilligt ist, dennoch im Rahmen des Anordnungsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muß.

Die Fassung des § 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG spricht für eine generelle Anhörung aller zum Beitritt Berechtigter. Im III. Teil des Gesetzes ist aber die Äußerungsberechtigung abschließend geregelt. Falls daher auch in den Fällen der §§ 65 und 69 BVerfGG die Beitrittsberechtigten angehört werden müßten, hätte dies in diesen Vorschriften besonders erwähnt werden müssen. Allein aus § 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG kann die Verpflichtung des Gerichts zur Anhörung nicht hergeleitet werden, da der Kreis der Anhörungsberechtigten durch die neue Fassung des Gesetzes nicht erweitert werden sollte. Die Rechte der betroffenen Beitrittsberechtigten werden nicht beeinträchtigt. Falls sie sich äußern wollen, bleibt ihnen die Möglichkeit des Beitritts.

2. Die Anhörungsberechtigten

a) Personenkreis

Haben es die Beitrittsberechtigten in der Hand, von sich aus dem Verfahren zur Hauptsache beizutreten und damit die Stellung eines Verfahrensbeteiligten zu erlangen, so ist demgegenüber die prozessuale Stellung der (nur) Anhörungsberechtigten erheblich schwächer.

Für die Äußerungsberechtigten, die gleichzeitig Beitrittsberechtigte sind (so in §§ 82 Abs. 2/77; 83 Abs. 2; 88/82 Abs. 2/77 BVerfGG), gilt das für die Beitrittsberechtigten Gesagte (15).

Hier sind lediglich die Fälle von Bedeutung, in denen den Äußerungsberechtigten kein Beitrittsrecht zusteht (§§ 77; 82 Abs. 3; 84/82 Abs. 3; 85 Abs. 2; 94 Abs. 1, 2, 3 und 4/77 BVerfGG).

Anhörungsberechtigt können nicht nur Organe des Bundes oder eines Landes, sondern auch natürliche oder juristische Personen sein (16).

(15) vgl. oben S. 169

(16) §§ 82 Abs. 3 und 94 Abs. 3 BVerfGG

b) Rechtsstellung

Ein Recht zur Stellung eines Antrages auf Erlass einer eA sowie ein Widerspruchsrecht steht den ausschließlich Äußerungsberechtigten nicht zu, da sie keine Verfahrensbeteiligten sind. Innerhalb eines anhängigen Anordnungsverfahrens haben sie außer dem Äußerungsrecht nur wenige Verfahrensrechte. So werden nach § 82 Abs.3 (2.Halbsatz) BVerfGG im Verfahren der konkreten Normenkontrolle die Beteiligten des ausgesetzten Gerichtsverfahrens zur mündlichen Verhandlung geladen. Das BVerfG erteilt dann dem anwesenden Prozeßbevollmächtigten (des "Erstprozesses") das Wort (17).

IV. DIE "SACHVERHALTSBETEILIGTEN"

1. Personenkreis

Zum ersten Mal taucht der Begriff der Sachverhaltsbeteiligten in der Entscheidung über den Antrag, durch eA die Durchführung amtlicher Volksbefragungen über Atomwaffen in hessischen Gemeinden auszusetzen, auf (18). Das Gericht hat den an dem Verfassungsstreit nicht unmittelbar beteiligten hessischen Gemeinden Auflagen erteilt mit dem Hinweis darauf, daß die eA sich nicht darauf beschränken müsse, den Streitbeteiligten ein Stillhalten aufzuerlegen, sondern allen Sachverhaltsbeteiligten Auflagen machen könne, sofern an dem die verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheit auslösenden Sachverhalt weitere Verfassungsorgane, Behörden, Körperschaften usw. mitbeteiligt seien, und dies zur Regelung des einstweiligen Zustandes erforderlich sei. In dem vorliegenden Fall könne der Zustand überhaupt nur in der Weise sinnvoll geregelt werden, daß die Gemeinden gehindert würden, vor der Entscheidung in der Hauptsache die Volksbefragungen auszuführen. Es ging also darum (19), wie weit eine eA über den Kreis der Verfahrensbeteiligten hinaus auch auf das Verhalten "Dritter" Einfluß nehmen kann. Ihre Wirkung kann nach Auffassung des Gerichts auch auf diejenigen erstreckt werden, die imstande sind, auf die Veränderung der im Streit befangenen und durch eine eA vorläufig zu regelnden Verhältnisse einzuwirken.

(17) Das gleiche gilt nach §§ 84 und 88/82 Abs.3 BVerfGG

(18) E 8,42/46 und 8,122/130

(19) E 8,122/130

In einer weiteren Entscheidung (20) hat das Gericht, obwohl nur einige Länder gegen den Bund ein Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3, § 13 Nr. 7 BVerfGG angestrengt hatten, bestimmt, daß im gesamten Bundesgebiet bis zur Entscheidung in der Hauptsache nur das Erste Fernsehprogramm ausgestrahlt werden dürfe. Der Gesamtkomplex auch dieser Streitfrage konnte nur einheitlich für die gesamte Bundesrepublik geregelt werden (21). Die eA richtete sich an "alle Körperschaften, Anstalten, Behörden, Gesellschaften oder sonstige Institutionen, von denen die Veranstaltung oder Ausstrahlung eines Zweiten Programmes ausgehen könnte, insbesondere auch an die bestehenden Rundfunkanstalten".

Das Gericht hat mit Recht die umfassende Wirkung der Hauptsachenentscheidung - sie bindet nach § 31 BVerfGG die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Behörden und Gerichte - als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Zustandes genommen, der durch die eA vorläufig geregelt werden kann. Das Gericht konnte vollendete Tatsachen nur verhindern und - der ungeklärten Rechtslage wegen - den Status quo nur fixieren, wenn es alle Träger der Rundfunkhoheit seinem Spruch unterwarf, auch wenn diese Länder nicht am eigentlichen Verfassungskstreit beteiligt waren.

Das Gericht hat jedoch in beiden Entscheidungen nicht klargestellt, wie es die Sachverhaltsbeteiligten im einzelnen materiell-rechtlich abgegrenzt sehen will (22). Gerade hier zeigen sich Schwierigkeiten. Sollen alle von einer eA oder einer Entscheidung zur Hauptsache irgendwie Betroffenen sachverhaltsbeteiligt im Sinne dieser Rechtsprechung sein? Die Konsequenz wäre, daß deren Zahl unübersehbar groß sein könnte, insbesondere etwa bei der vorläufigen Außervollzugsetzung von Gesetzen (23).

Es wird jeweils von den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles abhängen, wer zum Kreis der Sachverhaltsbeteiligten zu rechnen ist. Generelle Regeln können nicht aufgestellt werden.

2. Rechtsstellung

Das BVerfG hat den Sachverhaltsbeteiligten keine besonderen Rechte innerhalb des Verfahrens vor dem Gericht eingeräumt. Sie wurden lediglich von den

(20) E 12, 36/45

(21) E 12, 36/43/44

(22) Fuß, DÖV 1959, 209 (VI 4)

(23) Helfferrich, a.a.O., S.128/129

Wirkungen der eA betroffen: die hessischen Gemeinden, die gehindert wurden, die Volksbefragung über die Atombewaffnung vor Erlass der Endentscheidung durchzuführen, und die Rundfunkanstalten sämtlicher deutscher Bundesländer im Fernsehstreit, die kein zweites Fernsehprogramm vor der Hauptsachenentscheidung ausstrahlen durften.

Jedenfalls sind die Sachverhaltsbeteiligten weder prozessual Beteiligte (24) noch Beitrittsberechtigte noch Äußerungsberechtigte. Sie können ihren Rechtsstandpunkt und ihren Tatsachenvortrag nur über einen der Streitbeteiligten dem Gericht zur Kenntnis bringen. Im Rahmen seiner Verfahrensautonomie kann zwar das BVerfG nach freiem Ermessen Sachverhaltsbeteiligte anhören, ohne daß diesen aber ein entsprechendes Recht zusteht (25).

Das Recht, eine eA zu beantragen oder Widerspruch einzulegen, steht ihnen nicht zu (26).

Im übrigen bedarf der Begriff des Sachverhaltsbeteiligten noch der weiteren Klärung durch die Rechtsprechung des BVerfG und die Wissenschaft.

Sechstes Kapitel: Die Beendigung der eA

I. DAS SCHICKSAL DER EA BZW. IHRES ANTRAGES BEI ERLASS DER HAUPTENTSCHEIDUNG

1. Die eA bei Erlass der Endentscheidung

Die eA ist auflösend bedingt durch die das Verfahren abschließende Endentscheidung. Für eine vorläufige Zustandsregelung und Friedensstiftung zwischen den Beteiligten ist dann kein Raum mehr (1). Die Zeit der rechtlichen

(24) E 8, 122/130

(25) weitergehend Fuß, DÖV 1959, 210

(26) so ausdrücklich E 8, 122/130

(1) Klein (BVerfGG-Komm., Rdz. 46 zu § 32) meint dagegen, daß eAen, die Gefährdungen des Staatslebens durch den Vollzug der Endentscheidung ausschließen oder mildern sollen, auch nach Erlass der Endentscheidung ihre Wirkungen behalten und erst durch Fristablauf enden. Hier wird offensichtlich die eA mit einer Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG verwechselt.

Ungewißheit ist vorüber. Es liegt an den Beteiligten, ihrerseits die Konsequenzen aus dem Richterspruch zu ziehen. Einer ausdrückliche Aufhebung der eA durch das Gericht bedarf es nicht, sie tritt automatisch außer Kraft.

Zweifelhaft kann lediglich sein, ob für das Ende der eA der Zeitpunkt des Erlasses oder der Zustellung der Endentscheidung an die Beteiligten maßgebend ist.

Wird die Hauptentscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung öffentlich verkündet (§ 30 Abs.1 Satz 3 BVerfGG), so ist dieser Zeitpunkt für die Beendigung der eA maßgebend. Auf die Zustellung kommt es nicht an. Ergeht dagegen die Entscheidung durch Beschluß, so wird dieser nicht förmlich verkündet. Erlassen ist diese Entscheidung, wenn sie schriftlich abgefaßt und begründet sowie von allen bei der Entscheidung mitwirkenden Richtern unterzeichnet ist. Es erscheint zweckmäßig, diesen Zeitpunkt als für das Außerkrafttreten der eA maßgebend anzusehen. Wollte man die Zustellung ausschlaggebend sein lassen, wäre der Zeitpunkt der Beendigung immer von Zufälligkeiten abhängig, insbesondere weil dann die Zustellung an den "letzten" Beteiligten entscheidend sein müßte.

2. Die eA bei Teilentscheidungen

Wenn eine Hauptentscheidung nur teilweise den durch eA geregelten Sachverhalt betrifft (2), bleibt die eA so lange bestehen, bis über den gesamten Streitfall entschieden ist. Vom jeweiligen Einzelfall hängt auch ab, ob die eA teilweise außer Kraft treten kann. Nur wenn der zu regelnde Sachverhalt "teilbar" ist, kann der durch die Teilentscheidung erledigte Teil der eA außer Kraft treten, ansonsten bleibt die eA in vollem Umfang bis zur völligen abschließenden Entscheidung bestehen (3). Zur Klarstellung wird das BVerfG befugt sein, die Wirkungen der Teilentscheidung auf die eA besonders auszusprechen, wobei dieser Ausspruch lediglich deklaratorischer Natur ist (4).

3. Der Antrag auf Erlaß einer eA bei vorheriger Entscheidung über die Hauptsache (5)

Ein Antrag auf Erlaß einer eA wird hinfällig, wenn vor einer Entscheidung

(2) Nach § 25 Abs.3 BVerfGG sind Teilentscheidungen zulässig.

(3) Helfferich, a.a.O., S.108

(4) Helfferich, a.a.O., S.109

(5) Ein Überblick über die gesamten in der Amtlichen Sammlung veröffent-

hierüber bereits die Entscheidung in der Hauptsache ergeht. Meist handelt es sich dabei um Fälle, in denen ein Antrag zur Hauptsache nach § 24 BVerfGG verworfen (6) oder die Annahme einer Verfassungsbeschwerde nach § 93 a Abs.3 BVerfGG vom Vorprüfungsausschuß durch einstimmigen Beschluß abgelehnt wird (7). Dabei hat das BVerfG ohne erkennbaren sachlichen Unterschied die Formulierungen gebraucht: "Der Antrag auf Erlaß einer eA ist mit der Entscheidung in der Hauptsache gegenstandslos" (8) oder: "Mit der Entscheidung der Hauptsache erledigt sich der Antrag auf Erlaß einer eA" (9).

II. SONSTIGE ENDIGUNGSGRÜNDE

Die eA muß sich auch dann erledigen, wenn das Hauptverfahren auf andere Weise als durch den Erlaß der sachlichen Entscheidung beendet wird (10).

Auf die verschiedenen Möglichkeiten (etwa die Erledigung der Hauptsache, die Rücknahme eines Verfahrensantrags, die Einstellung des Verfahrens usw.) kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher eingegangen werden. Festzuhalten ist lediglich, daß die eA in diesen Fällen ebenfalls automatisch außer Kraft tritt.

Auch ist jederzeit die Aufhebung der eA durch das BVerfG möglich (11).

lichten Entscheidungen, bei denen sich der Antrag auf Erlaß einer eA erledigt hat, findet sich unten Anhang II.

(6) E 1,439/440; 2,121/123; 3,255/260; 3,359/366 usw.

(7) E 18,310/315. Wurde die Verfassungsbeschwerde nach dem früheren § 91 a BVerfGG verworfen, so erledigte sich damit ebenfalls der Antrag auf Erlaß einer eA, z.B. E 7,327; 12,33/36; 13,127

(8) so z.B. E 3,383/407; 9,160; 15,219/223

(9) z.B. E 3,39/41; 5,13; 7,99/109; 10,274/284; 14,190/192;
18,310/315

(10) Die Endigung der eA durch Fristablauf wird im nächsten Kapitel gesondert behandelt.

(11) Helfferich, a.a.O., S.112

Siebttes Kapitel: Die gesetzliche Befristung der eA;
Möglichkeiten der Wiederholung

I. DIE BEFRISTETE DAUER DER EA

Der Gesetzgeber hat in § 32 Abs.5 Satz 1 BVerfGG die Dauer der eA generell auf den Zeitraum von drei Monaten begrenzt, ohne Rücksicht darauf, ob diese dann noch erforderlich ist oder nicht.

Sofern in einem Streitfall mehrere eAen verschiedenen Inhalts ergangen sind, läuft die Frist für jede von ihnen gesondert (1). Durch diese Befristung soll ein Druck auf das Gericht zur beschleunigten Durchführung des Hauptverfahrens ausgeübt werden. Wahl hat als Berichterstatter vor dem Bundestag dazu ausgeführt (2): "Der eigentliche Verfassungsstreit ... soll durch den Erlass der einstweiligen Verfügung nicht überflüssig werden. Der Hauptprozeß soll durchgeführt werden, weil nur er die notwendigen Garantien für die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens und für eine erschöpfende Beweisaufnahme bietet..."

Im Gesetz ist nicht bestimmt, wie die Dreimonatsfrist berechnet werden soll. Ergeht eine eA auf Grund einer mündlichen Verhandlung durch Urteil, so beginnt die Frist mit dessen Verkündung.

Im Beschlußverfahren, in dem keine Verkündung der eA stattfindet, stellt sich wiederum die Frage, ob die Frist mit dem Erlass oder der Zustellung der eA beginnt. Zweifelhaft ist weiter, an wen gegebenenfalls die Zustellung, insbesondere bei einer Vielzahl von prozessual Beteiligten, zu erfolgen hat. Geiger (3) und Pfeiffer (4) lassen die Frist bei mehreren Beteiligten erst mit dem Zugang des Anordnungsbeschlusses an denjenigen beginnen, der zuletzt erreicht wird. Demgegenüber meint Klein (5), daß die Frist hier mit dem Erlass der eA beginne, weil anderenfalls die knappe gesetzliche Befristung unter Umständen sehr ausgedehnt werden könne.

Gegen die Auffassung von Geiger spricht, daß die Dreimonatsfrist sich in erster Linie an die Adresse des BVerfG selbst richtet. Mit dieser kurzen Geltungs-

(1) Geiger, Komm., 11 zu § 32

(2) Stenogr.Berichte, I.Wahlperiode, Bd.6, Sp.4226

(3) Komm., 11 zu § 32

(4) a.a.O., S.284

(5) BVerfGG-Komm., Rdz.45 zu § 32

dauer einer einstweiligen Regelung soll das Gericht gemahnt werden, möglichst bald eine Entscheidung in der Hauptsache zu fällen. Nicht etwa stellt sich diese Frist als eine "Notfrist" für die von der eA Betroffenen dar, binnen der diese einen Rechtsbehelf einlegen können. Für den Beginn der Frist die Zustellung des Anordnungsbeschlusses an die Beteiligten maßgebend sein zu lassen, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sich für diese aus der Zustellung irgendwelche Folgen ergeben würden. Da dies jedoch nicht der Fall ist - die Zustellung des Beschlusses soll den Beteiligten lediglich die einstweilige Regelung zur Kenntnis bringen - kann die Dreimonatsfrist nicht erst mit der Zustellung an den Beteiligten beginnen, der als letzter erreicht wird.

II. DIE WIEDERHOLUNG EINER EA

Das Gesetz hat in § 32 Abs.5 Satz 2 BVerfGG eine Möglichkeit geschaffen, die Folgen eines automatischen Außerkrafttretens der eA nach Fristablauf zu mildern. Sofern sich eine qualifizierte Mehrheit findet, die eine erhöhte Garantie schaffen soll, daß nur dringend gebotene eAen aufrechterhalten bleiben (6), kann eine eA wiederholt werden. Erforderlich sind hierfür zwei Drittel der Stimmen der mitwirkenden Richter (7). Die wiederholte eA kann dabei auf Antrag oder von Amts wegen ergehen. Eine bloße Verlängerung der eA ist unzulässig. Das umständliche Verfahren einer Wiederholung soll das Gericht zu einer sorgfältigen Prüfung veranlassen, ob eine erneute eA geboten ist.

Oberster Grundsatz bei der erneuten Prüfung des Gerichts muß sein, alles zu vermeiden, was die eA zu einer "Dauereinrichtung" machen könnte. Ist etwa bis zum Fristablauf der eA noch kein Verfahren zur Hauptsache anhängig gemacht worden, wird in aller Regel für eine erneute eA kein Raum sein (8).

Erforderlich für eine Wiederholung der eA ist nicht, daß neue Tatsachen der

(6) Geiger, Komm., 11 zu § 32

(7) In den Fällen der Verfahren nach § 13 Nr.1,2,4 und 9 BVerfGG ist sogar nach § 15 Abs.2 Satz 2 BVerfGG eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Senats erforderlich, sofern die eA eine dem Antragsgegner nachteilige Entscheidung enthält. Vgl. Klein, BVerfGG-Komm., Rdz.45

(8) Helfferich, a.a.O., S.113

/ zu § 32

Entscheidung zugrunde gelegt werden (9), jedoch müssen selbstverständlich sämtliche Erlaßvoraussetzungen noch gegeben sein (10).

Eine Änderung der Rechtslage kann allerdings auch dazu führen, daß eine Wiederholung einer eA nicht mehr zulässig ist. Im Rahmen der bereits erwähnten (11) Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluß eines Amtsgerichts, wonach gegen einen Verlagsbuchhalter eine Beugehaft zur Erzwingung des Zeugnisses angeordnet worden war, hat das Gericht einen wiederholten Antrag des Beschwerdeführers auf neuerlichen Erlaß einer eA abgelehnt mit der Begründung, der zwischenzeitlich in Kraft getretene § 22 des Hamburgischen Pressegesetzes vom 29.1.1965 (12) gewähre dem Beschwerdeführer ein presserechtliches Zeugnisverweigerungsrecht (13).

III. DIE MEHRMALIGE WIEDERHOLUNG EINER EA

Ob eine eA nur ein einziges Mal oder aber mehrmals wiederholt werden kann, ist im Gesetzeswortlaut offengelassen. Die Entstehungsgeschichte des § 31 BVerfGG gibt ebenfalls keine Hinweise.

Geiger (14) hält ohne nähere Begründung eine zweite Wiederholung der eA für unzulässig. Lechner (15), Pfeiffer (16) und Gebhardt (17) bejahen dagegen die Möglichkeit einer mehrmaligen Wiederholung, da das Gegenteil ausdrücklich vorgeschrieben sein müßte.

Bei der Entscheidung ist von der Frage auszugehen, ob das BVerfG seine Aufgabe, Wahrer und Schützer des objektiven Verfassungsrechts zu sein, besser mit der Möglichkeit einer mehrmaligen Erneuerung einer eA nachkommen kann.

(9) Dies hatte § 24 Abs. 5 Satz 2 des SPD-Entwurfes (Bundestagsdrucksache Nr. I/328) gefordert

(10) Lechner, Komm., zu § 32 Abs. 5; Gebhardt, a.a.O., S. 176

(11) E 15, 223; vgl. oben S. 137/138

(12) GVBl. I, 15

(13) E 21, 50/51

(14) Komm., 11 zu § 32

(15) Komm., zu § 32 Abs. 5

(16) a.a.O., S. 284

(17) a.a.O., S. 178

Zwei widerstreitende Grundsätze stehen sich gegenüber. Einmal sollen von der Allgemeinheit schwere Nachteile abgehalten werden, die dadurch entstehen können, daß vor Entscheidung der Hauptsache vollendete Tatsachen geschaffen werden, die eine Verfassungsverletzung "zementieren". Zum anderen darf und soll die eA aber auch nicht den Charakter einer nur vorläufigen Maßnahme verlieren, was naheliegt, wenn ständige Wiederholungen von eAen faktisch an die Stelle der Hauptentscheidung treten.

Das Gericht muß daher im Einzelfall nach einem Ausgleich suchen. Wenn lediglich durch eine zweite oder mehrmalige Wiederholung schwere Schäden von der Allgemeinheit abgewehrt werden können, muß diese zulässig sein (18). Würde man dies, der einschränkenden Auffassung von Geiger folgend, nicht gestatten, könnte unter Umständen die Hauptentscheidung ins Leere gehen, was die eA gerade verhindern soll. Ein Bedürfnis für eine mehrfache Erneuerung einer eA wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Erlaß der endgültigen Sachentscheidung unmittelbar bevorsteht, die "laufende", bereits erneuerte eA jedoch wegen Fristablaufs alsbald außer Kraft tritt. In einem solchen Fall ist die wiederholte einstweilige Regelung von vornherein auf einen übersehbaren Zeitraum beschränkt. An ihre Stelle wird in Kürze die Hauptentscheidung treten. Eine erneute eA ist aber erforderlich, damit nicht noch kurz vor deren Erlaß ein Schaden für die Allgemeinheit eintreten kann (19).

In der Praxis hat das BVerfG in einigen Fällen eAen wiederholt (20).

(18) Helfferich, a.a.O., S.114

(19) Helfferich, a.a.O., S.115

(20) vgl. etwa die Entscheidungen in den Sachen 1 BvR 85/55, von denen eine in NJW 1955, 541, veröffentlicht ist; 1 BvR 193/57 in E 6,443 und E 7,86 sowie 1 BvR 665/62 in E 15,223 und E 21,50

Achter Teil

DIE VOLLSTRECKUNG DER EA

Erstes Kapitel: Allgemeines

I. BEGRIFF DER VOLLSTRECKUNG IM VERFASSUNGSGERICHTLICHEN VERFAHREN

"Das BVerfGG hat, indem es dem Rang dieses Gerichtes und seiner besonderen Stellung Rechnung getragen hat, dem BVerfG alle zur Durchsetzung seiner Entscheidungen nötige Kompetenz eingeräumt. Das Gericht trifft von Amts wegen - unabhängig von 'Antrag' oder 'Anregungen' - alle Anordnungen, die erforderlich sind, um seinen ein Verfahren abschließenden Sachentscheidungen Geltung zu verschaffen." (1)

Diese Worte des BVerfG charakterisieren den Begriff der Vollstreckung, wie ihn das Gericht in Anlehnung an die Ansicht von Arndt (2) versteht, nämlich als "Inbegriff aller Maßnahmen, die erforderlich sind, um solche Tatsachen zu schaffen, wie sie zur Verwirklichung des vom BVerfG gefundenen Rechts notwendig sind".

In aller Regel bedürfen verfassungsgerichtliche Erkenntnisse keiner Vollstreckung (3). Ein Verfassungsgericht sollte die Autorität besitzen, die erwarten läßt, daß alle Beteiligten ihr Verhalten an den Entscheidungen des Gerichts ausrichten, auch ohne daß auf sie ein Zwang ausgeübt wird.

Wird dennoch eine Vollstreckung erforderlich, so ermächtigt § 35 BVerfGG das BVerfG, in seiner Entscheidung zu bestimmen, wer sie vollstreckt und gegebenenfalls auf welche Weise dies geschehen soll. Diese Regelung, die das BVerfG zum Herrn der Vollstreckung seiner Entscheidung macht, bewegt sich an der Grenze des rechtsstaatlich Erträglichen (4). Dem Gericht ist nämlich

(1) E 6,300/303

(2) DVBl 1952, 3

(3) Friesenhahn, Verf.-Ger., S.192; Geiger, Komm., 3 zu § 35; Roellecke, a.a.O., S.127

(4) Geiger, Komm., 2 zu § 35

mit dieser Befugnis ein hohes Maß exekutiver Gewalt übertragen, das lediglich deshalb geduldet werden kann, weil es eine Hilfsfunktion der Rechtsprechung erfüllt.

II. NOTWENDIGKEIT UND MÖGLICHKEIT EINER VOLLSTRECKUNG VON ANORDNUNGSENTSCHEIDUNGEN

In den meisten Fällen werden die Beteiligten die ihnen vom Gericht in einer eA auferlegten Verpflichtungen von sich aus ohne Ausübung eines Zwanges beachten. Dennoch kann es sich als notwendig erweisen, eAen, durch die die vorläufige Rückgängigmachung, Unterlassung oder Durchführung einer bestimmten Maßnahme angeordnet wird, zu vollstrecken (5). Es stellt sich dabei die Frage, ob überhaupt und wie eine derartige Vollstreckung von Anordnungsentscheidungen erfolgen kann.

§ 35 BVerfGG bezieht sich nicht nur auf Erkenntnisse in der Hauptsache. Der dort genannte Begriff der "Entscheidung" umfaßt alle nach dem BVerfGG möglichen Erkenntnisse des Gerichts. Auch vom Wesen der eA her ergeben sich keine Bedenken gegen die Möglichkeit einer Vollstreckung. Das BVerfG hat demnach auch in einigen eAen Vollstreckungsanordnungen getroffen (6).

Zweites Kapitel: Die Anordnung der Vollstreckung

Die Vollstreckungsanordnung kann einmal das Vollstreckungsorgan bestimmen, zum anderen auch die Art und Weise der Vollstreckung näher regeln. Da es sich um eine Nebenentscheidung handelt, ist weder ein Antrag eines Beteiligten noch eine Verhandlung über diesen Punkt erforderlich (1).

Art, Maß und Inhalt der Vollstreckungsanordnung hängen einmal vom Inhalt der zu vollstreckenden Entscheidung ab, zum anderen von den konkreten Verhältnissen, die in Einklang mit der Entscheidung zu bringen sind, insbesonde-

(5) Geiger, Komm., 4c zu § 32

(6) vgl. E 1,349/351; 7,86; 8,42/47. In E 12,36/45 ist eine Vollstreckungsanordnung ausdrücklich vorbehalten geblieben, falls sie sich als notwendig erweisen sollte.

(1) Geiger, Komm., 8 zu § 35

re von dem Verhalten der Personen, Organisationen, Behörden, Verfassungsorgane, an die oder gegen die sich die Entscheidung richtet (2).

I. BESTIMMUNG DER ORGANE DER VOLLSTRECKUNG

Das BVerfGG enthält keine Regeln darüber, wer Vollstreckungsorgan sein kann. Das Gericht als oberste Vollstreckungsgewalt hat jeweils im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, welcher konkreten Behörde die Vollstreckung obliegen soll. Hierbei ist die Ausübung des Ermessens jedoch in verschiedener Hinsicht begrenzt.

Zunächst muß es sich um eine deutsche Stelle handeln, denn nur einer deutschen Behörde kann das BVerfG eine Anweisung oder einen Auftrag erteilen.

Die vollstreckende Behörde muß weiterhin mit staatlicher Hoheitsgewalt ausgestattet sein. Es wäre nicht sinnvoll, eine Behörde mit einer Vollstreckung zu beauftragen, die diesen Befehl infolge eigener Unvollkommenheit nicht ausführen könnte. Vollstreckungsorgane können Bundes- oder Landesbehörden sein, auch Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (3), sofern diese im konkreten Fall sich hierzu als besonders geeignet anbieten.

Das Gericht muß seine Wahl schließlich nach sachgerechten Gesichtspunkten treffen. Daraus folgt nicht, daß das Gericht an die allgemeine Zuständigkeitsregelung der Behörden streng gebunden ist. Doch wird diese im Rahmen der Ermessensausübung mit in die Erwägungen einzubeziehen sein (4). Bieten sich mehrere gleichermaßen geeignete Behörden an, wird das BVerfG gehalten sein, in erster Linie diejenige mit der Vollstreckung zu beauftragen, die im Rahmen ihrer allgemeinen Zuständigkeit handeln würde.

Es ginge auch nicht an, untergeordnete Stellen mit der Vollstreckung gegen höhere, insbesondere vorgesetzte Stellen zu beauftragen. Das Landratsamt könnte daher nicht eine Maßnahme gegen das Innenministerium vollstrecken, kein Land eine Entscheidung gegen den Bund (5).

(2) E 6, 300/303

(3) so Lechner, Komm., 2 zu § 35, und Helfferich, a.a.O., S.132; a.A. Geiger, Komm., 6 zu § 35

(4) Lechner, Komm., 2 zu § 35

(5) In der Praxis werden derartige sinnwidrige Vollstreckungsanordnungen ohnehin nicht vorkommen.

Das Gericht muß bemüht sein, jeweils die "nächstliegende" geeignete Stelle mit dem Vollzug seiner eA zu betrauen.

Aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts sind folgende Fälle zu erwähnen:

In dem Streit um die Neugliederung des Südweststaates (6) hatte das BVerfG die Volksbefragung einstweilen ausgesetzt. Als in der Entscheidung zur Hauptsache die Übereinstimmung des Neugliederungsgesetzes mit dem GG festgestellt wurde, war der vorgesehene Abstimmungstermin verstrichen. Hier hat sich das Gericht für befugt erachtet, zwar nicht den Gesetzestext zu ändern, jedoch "den durch die eA geschaffenen Schwebezustand durch eine endgültige Regelung zu ersetzen. Nachdem das BVerfG das Gesetz im allgemeinen für gültig erklärt hat, mußte es gemäß § 35 BVerfGG das zur Vollstreckung seines Urteils Erforderliche anordnen" (7). Demgemäß hat es den Bundesminister des Innern beauftragt, bis zu einem bestimmten Termin einen neuen Abstimmungstag festzusetzen.

Im Verbotsverfahren der "Sozialistischen Reichspartei" (8) hatte das Gericht der Partei und ihren Unterorganisationen bis zur Verkündung des Urteils in der Hauptsache jegliche Propaganda und öffentliche Werbung untersagt. Mit der Vollstreckung dieser Entscheidung wurden die Innenminister der Länder beauftragt (9).

In einer eA, mit der die Vollstreckung eines Auslieferungshaftbefehls bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde ausgesetzt worden war, hat das BVerfG dem Beschwerdeführer die Auflage erteilt, sich wöchentlich einmal bei der für seinen Aufenthaltsort zuständigen Polizeibehörde zu melden. Mit der Durchführung dieser eA wurde der zuständige Generalstaatsanwalt beauftragt (10).

Im hessischen Atombewaffnungsstreit (11) hat das Gericht den Hessischen Minister des Innern als oberste Aufsichtsbehörde der Gemeinden angewiesen, die zur Durchführung der eA, womit die Volksbefragung ausgesetzt wurde, erforderlichen Maßnahmen rechtzeitig zu treffen.

(6) E 1,1 und 1,14/65

(7) E 1,14/65

(8) E 1,349 ff

(9) E 1,349/351; vgl. zur Hauptsache E 2,1/78/79

(10) E 7,86

(11) E 8,42/47

II. BESTIMMUNG DER ART UND WEISE DER VOLLSTRECKUNG

Die Regelung der Art und Weise der Vollstreckung kann mit der Bestimmung der vollstreckenden Behörde zusammenfallen. Das ist immer dann der Fall, wenn das BVerfG ein Organ mit der Vollstreckung betraut, das schon nach der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung für die Vornahme von Vollstreckungshandlungen zuständig ist (12). Ist etwa die Vollstreckung einem Amtsgericht als Vollstreckungsgericht übertragen, dann hat dieses die Vollstreckung nach den Bestimmungen der ZPO durchzuführen. Die Vollstreckung einer eA durch den Generalstaatsanwalt wird nach den Vorschriften der StPO erfolgen müssen.

Durch derartige Anordnungen des Gerichts kann zwar die Zuständigkeit dieser Organe erweitert werden, sofern die Vollziehungsakte nicht schon in ihrer ursprünglichen Zuständigkeit liegen. Die Ausführung der Vollziehungsakte erfolgt aber im Rahmen des eigenen Ermessens des Organes (13). Tauchen jedoch Zweifel auf, in welcher Form die beauftragte Stelle die Vollstreckung durchzuführen hat, ist es Sache des Gerichts, hierüber im einzelnen zu befinden. Es ist dabei weitgehend frei. Soweit Normen speziell vollstreckungsrechtlicher Art aus dem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgerichtsprozeß anwendbar sind und den Vollzug der eA garantieren, wird das Gericht schon aus Zweckmäßigkeitsgründen diese Vorschriften entsprechend heranziehen oder auf sie verweisen.

Fehlt eine konkrete Bestimmung der Art und Weise der Vollstreckung, so haben die mit der Vollstreckung beauftragten Behörden nach Ansicht des BVerfG alle dem Vollzug der Entscheidung dienenden Maßnahmen zu treffen, "ohne durch andere als allgemeingültige rechtsstaatliche Regeln, wie z.B. die von der Angemessenheit des Mittels...", gehindert zu sein (14).

III. VERFAHREN UND FORM DER VOLLSTRECKUNGSANORDNUNG

1. Verfahren

Das BVerfG hat für die Vollstreckungsentscheidung nach § 35 bewußt kein besonderes Verfahren vorgeschrieben, "um dem Gericht volle Freiheit zu belassen, das Gebotene in der jeweils sachgerechtesten, raschesten, zweck-

(12) Geiger, Komm., 7 zu § 35

(13) E 2, 139/142/143

(14) E 2, 1/79; 5, 85/393

mäßigsten, einfachsten und wirksamsten Weise zu erreichen. Die Vollstreckung in der Hand des zum Hüter der Verfassung bestellten höchsten Gerichts bietet Gewähr, daß der von der Sachentscheidung dieses Gerichts geforderte Zustand korrekt herbeigeführt wird; die Vollstreckung in der Hand des BVerfG sichert, daß die umfassende Ermächtigung des § 35 nicht mißbraucht wird" (15).

Forsthoff (16) übt an dieser Auffassung des Gerichts heftige Kritik und sieht hierin ein Anzeichen eines Überganges vom Rechtsstaat zum Justizstaat. Die Ansicht des BVerfG bedeute das genaue Gegenteil der Rechtsstaatlichkeit, sofern hierunter die Notwendigkeit geordneter, den Schutzbedürfnissen der Betroffenen Rechnung tragender Verfahren verstanden werde. Nach dieser Entscheidung des Gerichts würden sich geregelte Verfahren durch die rechtsstaatliche Vertrauenswürdigkeit der handelnden Instanz erübrigen.

Roellecke (17) wendet sich überzeugend gegen diese überspitzte Kritik Forsthoffs. Zutreffend verlangt er, daß die "allgemeinen rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze" immer den § 35 BVerfGG ergänzen (18). Nach der Auffassung Roelleckes (19) ist die dem Gericht durch § 35 BVerfGG gewährte Freiheit von vornherein beschränkt: Die Art und Weise der Vollstreckung richte sich nach der Entscheidung, die vollstreckt werden soll. Hiermit würden dem Gericht bereits konkrete Anhaltspunkte für die Durchführung der Vollstreckung gegeben. Die vom Gericht für sich in Anspruch genommene "volle Freiheit" in der Durchführung der Vollstreckung sei nur im Rahmen der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze gegeben (20).

Herzog (21) hält die Auslegung, die das BVerfG dem § 35 BVerfGG habe zukommen lassen, für mit dem Grundgesetz unvereinbar (22), weil einmal das Gericht in den Fällen des Verfassungskonflikts verfassungsrechtliche und gesetzliche Zuständigkeiten nicht durchbrechen dürfe (23), und zum anderen

(15) E 6, 300/304

(16) "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S.35 ff (58 und 59)

(17) a.a.O., S.126 ff

(18) a.a.O., S.128

(19) a.a.O., S.130

(20) a.a.O., S.130

(21) "Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", in: "Der Staat", 1965, S.37 ff

(22) S.41

(23) S.41 und 47

die Gefahr bestehe, daß das Gericht zum Träger "apokrypher Notstandskompetenzen" (24) werde.

Auch diese Kritik geht zu weit, weil die Ansicht Herzogs dazu führen würde, daß im Konfliktsfall jeder Versuch unterbleiben müßte, dem verbindlichen Anspruch des Gerichts Geltung zu verschaffen (25).

Eine Anhörung der von den Vollstreckungsmaßnahmen des Gerichts Betroffenen ist nicht erforderlich, doch steht es im Ermessen des Gerichts, Erklärungen von ihnen einzufordern (26).

2. Form

In aller Regel ergeht die Anordnung der Vollstreckung im Tenor der eA (27). Möglich ist aber auch, daß die Vollstreckungsanordnung nicht gleichzeitig mit der eA ergeht. Dies kann dann der Fall sein, wenn sich erst nach Erlaß der vorläufigen Regelung, etwa weil entgegen den Erwartungen des Gerichts die Streitbeteiligten nicht von sich aus der eA Folge leisten, die Notwendigkeit einer Vollstreckungsanordnung herausstellt. Dann kann nachträglich durch einen gesonderten Beschluß die Vollstreckung angeordnet werden, ohne daß es hierzu eines Antrages bedarf (28).

Dieser selbständige Beschluß kann die eA, deren Vollstreckung er dient, nicht ändern, modifizieren, ergänzen oder erweitern, bleibt vielmehr eine neue Entscheidung im Rahmen der Vollstreckung (29).

IV. AUSSERKRAFTTRETEN DER VOLLSTRECKUNGSANORDNUNG

Grundsätzlich ist das Schicksal der Vollstreckungsanordnung von dem der eA abhängig. Spätestens mit Außerkrafttreten der eA endet daher auch die Wirkung der Vollstreckungsanordnung.

(24) S.45

(25) vgl. Gebhardt, a.a.O., S.196. Auf die Probleme der Vollstreckung kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

(26) E 6, 300/305

(27) Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 35 BVerfGG: "... in seiner Entscheidung..."

(28) E 2, 139/142; 6, 300/304

(29) E 6, 300/304

Sie kann sich jedoch auch schon vor Endigung der eA "erledigen", etwa weil die angeordnete Maßnahme in vollem Umfang durchgeführt worden ist. Es bedarf keiner formellen Aufhebung der Anordnung durch das Gericht (30).

Jederzeit kann das BVerfG die Vollstreckungsmaßnahmen veränderten Verhältnissen anpassen, sofern damit nicht die eA selbst inhaltlich verändert wird. Es kann auch jederzeit die Einstellung oder die Aussetzung einer Vollstreckungsmaßnahme anordnen (31), weil diese Befugnis von der Ermächtigung des § 35 BVerfGG mitgedeckt wird.

Drittes Kapitel: Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsmaßnahmen

I. DIE ANFECHTUNG DER VOLLSTRECKUNGSANORDNUNG SELBST

Ein spezieller Rechtsbehelf gegen die Anordnung nach § 35 BVerfGG ist nicht gegeben. Die Vollstreckungsanordnung ist eine typische "Nebenentscheidung", die als solche nicht ohne die Hauptsache, also die eA, angefochten werden kann.

Ist die eine Vollstreckungsanordnung enthaltende eA ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß ergangen, kann nach § 32 Abs.3 BVerfGG gegen die eA als Ganzes Widerspruch erhoben werden. Sofern daraufhin die eA aufgehoben wird, verlieren auch die Vollzugsanordnung und bereits ergangene Vollzugsakte ihre Gültigkeit.

Schon vor der Entscheidung über den Widerspruch kann das Gericht gemäß § 32 Abs.4 Satz 2 BVerfGG durch Beschluß die Vollziehung der eA aussetzen. Damit wird die Vollstreckung gehindert. Bis zur Entscheidung über den Widerspruch sind dann die Beteiligten von der Durchführung der in der eA geforderten Maßnahme entbunden (1).

(30) unklar Helfferich, a.a.O., S.136

(31) Geiger, Komm., 9 zu § 35

(1) Geiger, Komm., 10 zu § 32

II. DIE ANFECHTUNG VON VOLLZUGSMASSNAHMEN DER "BEAUFTRAGTEN BEHÖRDE"

Wenn gegen einzelne in Ausübung des Vollstreckungsauftrages ergangene Maßnahmen der mit der Vollstreckung betrauten Behörde vorgegangen werden soll, ist zu unterscheiden, ob diese Behörde auf Grund einer allgemeinen Beauftragung diese Maßnahme im Rahmen eines eigenen Ermessensspielraumes erlassen hat oder ob sie auf Grund eines konkreten Vollstreckungsauftrages - gleichsam als "verlängerter Arm" des BVerfG - gehandelt hat.

1. Falls die Behörde allgemein mit der Vollstreckung beauftragt worden ist, ist die beanstandete Vollziehungsmaßnahme ihr als eigener Akt zuzurechnen. Die Folge davon ist, daß diese nach eigenem Ermessen der Behörde ergehenden Akte auch mit den allgemeinen gegen sie zulässigen Rechtsbehelfen anzufechten sind (2). Handelt es sich also etwa um einen Verwaltungsakt, dann ist hiergegen Widerspruch und Anfechtungsklage gegeben.

2. Anders liegt es bei einem konkreten Vollstreckungsauftrag des BVerfG an die vollstreckende Behörde. Hier hat das Gericht genau die Art und Weise der Vollstreckung geregelt. Für eine Betätigung ihres Ermessens verbleibt der beauftragten Behörde kein Raum.

Hier kann sich der Betroffene mit einer gesetzlich nicht geregelten "Vollstreckungsbeschwerde" unmittelbar an das BVerfG wenden (3).

Ein anderer Rechtsbehelf ist ausgeschlossen. Art.19 Abs.4 Satz 2 GG, wonach bei fehlender anderweitiger Zuständigkeit der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, findet hier keine Anwendung. Es wäre widersinnig, etwa beim Amtsgericht eine Korrektur der verfassungsgerichtlichen Entscheidung begehren zu wollen.

(2) E 2,139/143; Friesenhahn, Verf.-Ger., S.192

(3) E 2,139/143; Friesenhahn, Verf.-Ger., S.193

Neunter Teil

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG IN DER VERFASSUNGS- GERICHTSBARKEIT DER LÄNDER INNERHALB DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Die Verfassungsräume von Bund und Ländern stehen im Bundesstaat selbständig nebeneinander (1). Der vom GG anerkannten Verfassungsautonomie der Gliedstaaten entspricht eine eigene Landesverfassungsgerichtsbarkeit (2).

Den Abschluß der Studie soll ein kursorischer Überblick über die derzeitige gesetzliche Regelung der eA in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesländer bilden. Dabei sollen insbesondere Abweichungen von § 32 BVerfGG herausgestellt werden (3).

I. DIE LÄNDER MIT AUSDRÜCKLICHER GESETZLICHER REGELUNG DER EA

1. Baden - Württemberg

Die eA ist in § 25 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof vom 13. Dezember 1954 (4) geregelt:

- (I) Der Staatsgerichtshof kann, wenn es zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist, in einem anhängigen Verfahren einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln.

(1) E 1, 178/189

(2) Die besondere verfassungsrechtliche Situation Berlins kann außer Betracht bleiben.

(3) Auf die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zur eA kann nicht näher eingegangen werden.

(4) GBl. 1954, 171 ff

- (II) Die einstweilige Anordnung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Der Antragsgegner ist vor Erlaß der einstweiligen Anordnung, soweit deren Zweck dadurch nicht gefährdet wird, zu hören. Wird Widerspruch erhoben, so ergeht die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung durch Urteil.

Die Voraussetzungen entsprechen denen des § 32 Abs.1 BVerfGG, doch können eAen nur in anhängigen Verfahren ergehen, dort jedoch auch ohne Antrag. Der Rechtsbehelf des Widerspruchs kann offensichtlich gegen jede Entscheidung, gleichgültig ob Urteil oder Beschluß, erhoben werden.

2. Hamburg

§ 30 des Gesetzes über das Hamburgische Verfassungsgericht vom 2. Oktober 1953 (5) bestimmt:

- (I) Das Verfassungsgericht kann in einem anhängigen Verfahren einen Zustand durch einstweilige Anordnung auch ohne mündliche Verhandlung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gefahr oder aus einem anderen wichtigen Grund dringend geboten ist. Für die Entscheidung ist das Verfassungsgericht beschlußfähig, wenn außer dem Vorsitzenden mindestens ein Berufsrichter und vier Beisitzer anwesend sind.
- (II) Gegen die einstweilige Anordnung und ihre Ablehnung kann Widerspruch erhoben werden, wenn diese Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung ergangen sind. Über den Widerspruch entscheidet das Verfassungsgericht nach mündlicher Verhandlung. Diese soll innerhalb von zwei Wochen nach dem Eingang der Begründung des Widerspruchs stattfinden.
- (III) Der Widerspruch gegen die einstweilige Anordnung hat keine aufschiebende Wirkung. Das Verfassungsgericht kann die Vollziehung der einstweiligen Anordnung aussetzen.
- (IV) Die einstweilige Anordnung tritt nach Beendigung des Verfahrens, spätestens nach drei Monaten außer Kraft. Sie kann mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen wiederholt werden.

Auch hier ist die Anlehnung an § 32 BVerfGG unverkennbar. Eine eA kann nur innerhalb eines anhängigen Verfahrens ergehen, dann jedoch auch ohne ausdrücklichen Antrag.

3. Hessen

§ 22 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof vom 12. Dezember 1947 (6), das ebenso wie die entsprechenden Gesetze in Bremen und Rheinland-Pfalz vor Er-
laß des BVerfGG ergangen ist, bestimmt:

- (I) Der Staatsgerichtshof kann, um im Streitfall einen Zustand vorläufig zu regeln, für eine drei Monate nicht übersteigende Frist eine einstweilige Verfügung erlassen, wenn es zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grunde im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit von zwei Dritteln.
- (II) Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß erfolgen.
- (III) Auf Antrag eines Beteiligten hat der Staatsgerichtshof eine Hauptverhandlung anzuberaumen und binnen einer Woche seit dem Eingang des Antrages darüber zu entscheiden, ob die einstweilige Verfügung erlassen, aufgehoben oder bestätigt wird. Der Bestätigungsbeschluß bedarf ebenfalls einer Mehrheit von zwei Dritteln.
- (IV) Wird nicht rechtzeitig entschieden, dann tritt die Verfügung mit Ablauf der Wochenfrist außer Kraft. Eine außer Kraft getretene oder aufgehobene einstweilige Verfügung darf nur auf Grund neuer Tatsachen wiederholt werden.

Diese Vorschrift hat dem § 32 BVerfGG als Vorbild gedient*. Ein anhängiges Verfahren wird nicht vorausgesetzt. Erforderlich ist bereits für die einstweilige Verfügung selbst eine qualifizierte Mehrheit. Bemerkenswert ist auch das automatische Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung, wenn nach dem Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung nicht "rechtzeitig", also binnen einer Woche, entschieden wird.

(6) GVBl. 1948, 3 ff

4. Nordrhein-Westfalen

§ 27 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen vom 4. März 1952 (7) lautet:

- (I) Der Verfassungsgerichtshof kann in einem anhängigen Verfahren einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grunde zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Vor dem Erlaß der einstweiligen Anordnung sind die Beteiligten zu hören.
- (II) Gegen die einstweilige Anordnung und ihre Ablehnung kann Widerspruch erhoben werden. Über den Widerspruch entscheidet der Verfassungsgerichtshof nach mündlicher Verhandlung. Diese muß binnen zwei Wochen nach dem Eingang der Begründung des Widerspruchs stattfinden.
- (III) Der Widerspruch gegen die einstweilige Anordnung hat keine aufschiebende Wirkung. Der Verfassungsgerichtshof kann die Vollziehung der einstweiligen Anordnung aussetzen.

Auch diese Vorschrift lehnt sich eng an § 32 BVerfGG an, verlangt jedoch ein anhängiges Verfahren.

5. Saarland

§ 21 des Gesetzes Nr. 645 über den Verfassungsgerichtshof vom 17. Juli 1958 (8) bestimmt:

- (I) Der Verfassungsgerichtshof kann in einem anhängigen Verfahren auf Antrag eines Beteiligten einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grunde zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.
- (II) Die einstweilige Anordnung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Vor dem Erlaß der einstweiligen Anordnung sind die Beteiligten zu hören.

(7) GVBl. 1952, 35 ff

(8) Amtsblatt 1958, 735 ff

- (III) Gegen die einstweilige Anordnung und ihre Ablehnung kann Widerspruch erhoben werden. Über den Widerspruch entscheidet der Verfassungsgerichtshof nach mündlicher Verhandlung. Diese muß binnen zwei Wochen nach Eingang der Begründung des Widerspruchs stattfinden.
- (IV) Der Widerspruch gegen die einstweilige Anordnung hat keine aufschiebende Wirkung. Der Verfassungsgerichtshof kann die Vollziehung der einstweiligen Anordnung aussetzen.
- (V) Die einstweilige Anordnung tritt nach drei Monaten außer Kraft. Sie kann auf Antrag eines Beteiligten mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erneut erlassen werden.

Die Vorschrift stimmt inhaltlich mit § 32 BVerfGG überein. Jedoch setzt der Erlass einer eA den Antrag eines Beteiligten innerhalb eines beim Verfassungsgerichtshof anhängigen Verfahrens voraus (9). Widerspruch ist zulässig, gleichgültig, ob die Entscheidung durch Urteil oder Beschluß ergangen ist.

II. DIE LÄNDER OHNE AUSDRÜCKLICHE GESETZLICHE REGELUNG DER EA

1. Bayern

Das Gesetz über den Verfassungsgerichtshof in der Fassung vom 26. Oktober 1962 (10) enthält keine Bestimmungen über die eA.

§ 26 der "Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofes für den Freistaat Bayern" vom 15. Juli 1963 (11) lautet:

"Soweit das Verfassungsgerichtshofgesetz und diese Geschäftsordnung keine Bestimmungen über das Verfahren enthalten, sind die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung, ergänzend die der Zivilprozeßordnung heranzuziehen."

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung die Be-

(9) Näheres bei Kretschmer, Justizblatt des Saarlandes, 1961, 195 ff

(10) GVBl. 1962, 337 ff

(11) GVBl. 1963, 151 ff

fugnis zum Erlaß von eAen für sich in Anspruch genommen (12), wobei er in erster Linie auf die Vorschriften der VwGO zurückgreift.

2. Bremen

Keine ausdrückliche Regelung hat die eA auch in Bremen gefunden.

§ 6 Abs.1 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof in der Fassung vom 20.März 1956 (13) enthält eine Generalverweisung:

"Der Staatsgerichtshof regelt selbst sein Verfahren in Anlehnung an die deutschen Prozeßordnungen (Zivilprozeßordnung, Strafprozeßordnung, Dienststrafordnung)".

Demnach dürften eAen in Anlehnung an die Vorschriften der ZPO über einstweilige Verfügungen zulässig sein.

3. Niedersachsen

Eine Verweisung enthält § 16 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof vom 31.März 1955 (14):

"Soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren des Staatsgerichtshofes die allgemeinen Verfahrensvorschriften des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht entsprechend anzuwenden."

Hiernach ist also § 32 BVerfGG analog anwendbar, da "nichts anderes bestimmt ist".

4. Rheinland-Pfalz

Das Landesgesetz über den Verfassungsgerichtshof vom 23.Juli 1949 (15) enthält keine Regelung der eA.

Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes von Rheinland-Pfalz zur Frage der Zulässigkeit von eAen im verfassungsgerichtlichen Verfahren hat sich gewandelt.

(12) vgl. z.B. AS NF Bd.1, 1/15; Bd.4, 21 ff; JR 1963, 357

(13) Gesetzblatt 1956, 30 f

(14) GVBl. 1955, 141 ff

(15) GVBl. 1949, 285 ff

In der Entscheidung vom 10. April 1953 (16) hat der Verfassungsgerichtshof die Zulässigkeit verneint. Zur Begründung hat er ausgeführt: Bei der einstweiligen Verfügung handele es sich um eine reine Zweckmäßigkeitsentscheidung, die lediglich einen vorübergehenden Zustand zwischen den Streitteilen regeln soll. Derartige Entscheidungen seien Fremdkörper innerhalb der Rechtsprechung, die nicht ohne weiteres als allgemeiner Ausfluß der Entscheidungsbefugnis angesehen werden könnten (17). Auch sei es bedenklich, die Zulässigkeit von eAen aus allgemeinen Gesichtspunkten herzuleiten, weil dies eine Erweiterung des durch das Gesetz festgelegten Rahmens der Verfassungsgerichtsbarkeit bedeuten würde, die zudem die Tätigkeit des Gerichts von der Aufgabe der rechtlichen Entscheidung auf die politische Ebene verlagern würde. Nur wenn eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung vorliege, sei das Gericht zum Erlaß von einstweiligen Verfügungen befugt. Überraschenderweise hat dann aber der Verfassungsgerichtshof die Frage der Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen "letztlich" dahinstehen lassen, da "auch bei Annahme der Zulässigkeit der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung als unbegründet abgewiesen werden müßte" (18).

Demgegenüber hat das Gericht in seinem Urteil vom 7. April 1961 (19) seine Bedenken gegen die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen fallen gelassen. Unter Hinweis darauf, daß nach dem Zusammenbruch die eA zu einem gesicherten Bestandteil der Verfassungsgerichtsbarkeit in Bund und Ländern geworden sei (20), kam er zu dem Ergebnis, daß eine Zuständigkeit zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung in Verfassungsstreitigkeiten einer allgemeinen deutschen Rechtsüberzeugung entspreche (21). Dieses Ergebnis stützte der Verfassungsgerichtshof noch mit dem unzutreffenden Argument (22), das Recht zur endgültigen Entscheidung schließe nach dem Grundsatz a maiore ad minus das Recht zum Erlaß vorläufiger Maßnahmen ein, da beide Entscheidungen dem gleichen Zweck, nämlich der Verwirklichung des Rechtsfriedens, dienten.

Hinsichtlich der Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung

(16) AS, Bd. 2, 271 ff

(17) a. a. O., 282

(18) a. a. O., 283; vgl. Schäfer, JZ 1954, 149

(19) AS, Bd. 8, 224 ff

(20) vgl. schon AS, Bd. 2, 283

(21) a. a. O., 227

(22) vgl. oben S. 90

griff das Gericht auf den entsprechend anzuwendenden § 32 BVerfGG zurück, der einen "auf allgemeiner Rechtsüberzeugung beruhenden Maßstab" enthalte, der von fast allen Ländern zur gesetzlichen Norm erhoben worden sei (23).

5. Schleswig-Holstein

In Art.37 der Landessatzung vom 13.Dezember 1949 (24) wurde von der Ermächtigung des Art.99 GG Gebrauch gemacht und die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten sowie die Überprüfung der Vereinbarkeit von Landesrecht mit der Landessatzung dem BVerfG übertragen.

Für das Verfahren gelten nach § 75 BVerfGG die allgemeinen Vorschriften des II.Teils dieses Gesetzes entsprechend, so daß also eAen unter den Voraussetzungen des § 32 BVerfGG zulässig sind.

(23) a.a.O., 228. Im zu entscheidenden Fall lagen diese Voraussetzungen nicht vor.

(24) GVBl. 1950, 3 ff

SCHLUSSWORT

Mit dieser Arbeit sollte das im Spannungsfeld zwischen "Richtigkeit" und "Schnelligkeit" der verfassungsgerichtlichen Entscheidung stehende Institut der eA näher beleuchtet und seine Handhabung in der Rechtsprechung des BVerfG dargestellt werden.

Es hat sich gezeigt, daß eine vorläufige Maßnahme zur Verhinderung von faits accomplis mit dem Wesen eines Verfassungsgerichts vereinbar ist. Die verfahrensrechtlich notwendige eA stellt keinen Fremdkörper innerhalb des verfassungsgerichtlichen Verfahrens dar; insbesondere berührt sie nicht den Gerichtscharakter des BVerfG. Ebensowenig beeinträchtigt sie die Gestaltungsfreiheit von Legislative und Exekutive.

Die Gefahr einer mißbräuchlichen Anwendung der eA ist gering, wofür die strengen materiellen Erlaßvoraussetzungen, das Nachprüfverfahren auf den Widerspruch hin sowie das erschwerte Erneuerungsverfahren nach Ablauf der kurz bemessenen Geltungsfrist sorgen. Dennoch wird das BVerfG gut daran tun, in der Anwendung der eA weise Selbstbescheidung und Zurückhaltung zu üben, wie dies bisher geschehen ist. Nur in der Beschränkung auf unabdingbar notwendige Fälle wird sich das Gericht das Vertrauen sichern, dessen es angesichts der Ermächtigung in § 32 BVerfGG bedarf.

In der Hand des BVerfG ist die eA ein wirksames Instrument zur Erfüllung der Aufgaben des Hüters der Verfassung, indem sie sicherstellt, daß verfassungsrechtliche Streitigkeiten nicht aus dem Bereich der rechtlichen Ordnung, der Normen, in den der machtmäßigen Erledigung verwiesen werden. In der einstweiligen Anordnung tritt somit eines der logischen, objektiven und allgemein geltenden Grundprinzipien unseres Rechts zutage.

ANHANG I

ÜBERSICHT ÜBER DIE ANORDNUNGSENTSCHEIDUNGEN DES BVerG (mit Fundstellennachweis)

Lfd.Nr.	Verkündungsdatum	Aktenzeichen	Fundstelle
1	B. v. 9. 9.1951	2 BvQ 1/51	E 1, 1 = DÖV 1952, 26
2	B. v. 13.11.1951	1 BvR 213/51	E 1, 54 = NJW 1952, 177 = JZ 1952, 109 = MDR 1952 90 = DÖV 1952, 149 = DVB1 1952, 321
3	B. v. 27.11.1951	1 BvF 2/51	E 1, 85
4	B. v. 15. 5.1952	1 BvQ 6/52	E 1, 281
5	U. v. 15. 7.1952	1 BvB 1/51	E 1, 349 = DÖV 1953, 83
6	U. v. 14. 1.1953	1 BvQ 11/52	E 2, 103 = DÖV 1953, 575
7	U. v. 1. 8.1953	1 BvR 459, 484 623, 651, 783/ 52	E 3, 34 = NJW 1953, 1385 = DÖV 1955, 62 = DVB1 1953, 644
8	B. v. 11.11.1953	1 BvR 444/53	E 3, 41 = DÖV 1955, 62
9	U. v. 10.12.1953	2 BvQ 1, 2/53	E 3, 52 = NJW 1954, 70 = JZ 1954, 168 = MDR 1954, 87 = DÖV 1954, 61 = DVB1 1954, 410
10	U. v. 24. 2.1954	2 BvQ 1/54	E 3, 267 = NJW 1954, 548 = DÖV 1954, 404 = DVB1 1954, 411
11	U. v. 18.11.1954	1 BvR 550/52	E 4, 110
12	B. v. 17. 3.1955	1 BvR 85/55	NJW 1955, 541

U = Urteil

B = Beschluß

Lfd. Nr.	Verkündungsdatum	Aktenzeichen	Fundstelle
13	B. v. 8.10.1956	1 BvR 190/56	E 6,1 = NJW 1956, 1673 = DÖV 1957, 52 = DVBl 1956, 829 = BayrVerwBl 1957, 25
14	B. v. 14. 5.1957	1 BvR 193/57	E 6,443
15	B. v. 23. 7.1957	1 BvR 193/57	E 7,86
16	U. v. 13.11.1957	1 BvR 78/56	E 7,175 = NJW 1958, 337
17	U. v. 27. 5.1958	2 BvQ 1/58	E 7,367 = NJW 1958, 987 = DÖV 1958, 461
18	B. v. 10. 6.1958	2 BvQ 2/58	E 7,374
19	B. v. 23. 6.1958	2 BvQ 3/58	E 8,42 = DÖV 1958, 749
20	B. v. 23. 7.1958	1 BvR 633/57	E 8,102
21	B. v. 10. 5.1960	2 BvQ 1/60	E 11,102 = JZ 1960, 488 = DÖV 1960, 707
22	B. v. 5.10.1960	2 BvR 536/60	E 11.306 = NJW 1960, 2285 = JZ 1961, 22 = DÖV 1960, 831 = DVBl 1960, 803
23	B. v. 20.10.1960	2 BvQ 6/60	E 11,329
24	B. v. 2.11.1960	2 BvQ 9/60	E 11,339
25	B. v. 17.12.1960	2 BvQ 4, 7, 10, 11/60	E 12,36 = NJW 1961, 67 = JZ 1961,26 = DÖV 1961, 26
26	B. v. 15. 3.1961	2 BvQ 3/60	E 12,276 = NJW 1961, 867 = DVBl 1961, 639
27	B. v. 13. 2.1962	2 BvR 15/62	E 14,11 = NJW 1962,443
28	B. v. 19. 6.1962	1 BvR 371/61	E 14,153 = NJW 1962, 1435 = BB 1962, 730
29	B. v. 3. 7.1962	2 BvR 346/62	E 14,190

Lfd. Nr.	Verkündungsdatum	Aktenzeichen	Fundstelle
30	B. v. 4. 7. 1962	2 BvR 347/62	E 14, 192 = NJW 1962, 1387 = DÖV 1963, 705 = DVBl 1962, 914
31	U. v. 9. 11. 1962	1 BvR 586/62	E 15, 77 = NJW 1962, 2243 = JZ 1962, 766 = MDR 1963, 25 = DVBl 1963, 120
32	B. v. 18. 12. 1962	2 BvR 569/62	E 15, 219 = DÖV 1963, 705
33	B. v. 18. 12. 1962	1 BvR 665/62	E 15, 223 = NJW 1963, 147
34	B. v. 24. 6. 1963	2 BvQ 1/63	E 16, 220
35	B. v. 2. 7. 1963	1 BvQ 1/62	E 16, 236
36	B. v. 1. 10. 1963	1 BvR 415/63	E 17, 120 = NJW 1963, 2115 = JZ 1964, 22 = Betr 1963, 1426 = FamRZ 1963, 553
37	B. v. 15. 10. 1963	2 BvR 353/63	E 17, 145 = DRiZ 1964, 22 = Betr 1963, 1542
38	B. v. 12. 2. 1964	1 BvR 663/63	DVBl 1966, 643
39	B. v. 11. 5. 1964	2 BvR 230/64	E 18, 34 = DVBl 1964, 809
40	B. v. 14. 7. 1964	1 BvR 352/64	E 18, 146
41	B. v. 27. 7. 1964	2 BvR 230/64	E 18, 151 = DÖV 1965, 166
42	B. v. 4. 8. 1964	2 BvR 446/64	E 18, 157 = DVBl 1964, 810
43	B. v. 17. 11. 1966	1 BvR 52/66	E 20, 363 = BB 1966, 1371 = Betr 1966, 1882
44	B. v. 20. 12. 1966	1 BvR 665/62	E 21, 50
45	B. v. 11. 7. 1967	2 BvR 566, 567/66 und 79/67	E 22, 178 = NJW 1967, 1657

ANHANG II

ÜBERSICHT ÜBER ENTSCHEIDUNGEN DES BVerfG, BEI DENEN DER ANTRAG AUF ERLASS EINER eA "SICH ERLEDIGTE" BZW. "GEGENSTANDSLOS" WURDE

Lfd. Nr.	Verkündungsdatum	Aktenzeichen	Fundstelle i. d. AS
1	B. v. 10.10.1952	1 BvR 511/52	E 1,439/440
2	B. v. 10. 2.1953	1 BvR 787/52	E 2,121/123
3	B. v. 10. 6.1953	1 BvF 1/53	E 2,307/336
4	B. v. 11.11.1953	1 BvR 512/53	E 3,39/41
5	B. v. 14. 1.1954	1 BvR 409/53	E 3,255/256
6	B. v. 26. 2.1954	1 BvR 537/53	E 3,359/360
7	U. v. 3. 6.1954	1 BvR 183/54	E 3,383/407
8	B. v. 25. 5.1956	1 BvR 190/55	E 5,13
9	B. v. 13. 6.1956	1 BvR 315,309 und 286/53	E 5,77/84
10	U. v. 17. 8.1956	1 BvB 2/51	E 5,85/391
11	B. v. 21. 3.1957	zu 1 BvB 2/51	E 6,300/309
12	B. v. 7. 5.1957	2 BvR 2/56	E 6,376/378
13	B. v. 2. 7.1957	1 BvR 35/57	E 7,61/63
14	B. v. 3. 9.1957	2 BvR 7/57	E 7,99/109
15	B. v. 13. 3.1958	1 BvR 155/58	E 7,327
16	B. v. 3. 2.1959	1 BvR 236/54	E 9,160/162
17	B. v. 3.2.1959	1 BvR 419/54	E 9,162/166
18	U. v. 28. 1.1960	1 BvR 145,746/ 58	E 10,274/284
19	B. v. 22.11.1960	2 BvR 606/60 2 BvQ 12/60	E 12,33/36

Lfd. Nr.	Verkündungsdatum	Aktenzeichen	Fundstelle i. d. AS
20	B. v. 25. 1.1961	2 BvR 582/60	E 12, 132/134
21	B. v. 7. 2.1961	2 BvR 45/61 2 BvQ 1/61	E 12, 135
22	B. v. 7. 2.1961	2 BvR 23/61	E 12, 139/143
23	B. v. 22. 2.1961	2 BvR 63/61	E 12, 200/205
24	U. v. 17. 5.1961	1 BvR 561, 579/60, 114/61	E 12, 354/369
25	B. v. 26. 8.1961	2 BvR 322/61	E 13, 127
26	B. v. 3. 7.1962	2 BvR 346/62	E 14, 190/192
27	B. v. 4. 7.1962	2 BvR 347/62	E 14, 192/193
28	B. v. 17. 7.1962	2 BvR 377/62	E 14, 195/196
29	B. v. 30.10.1962	2 BvR 450/62	E 15, 43/46
30	B. v. 29.11.1962	2 BvR 587/62	E 15, 165
31	B. v. 18.12.1962	2 BvR 569/62	E 15, 219/223
32	B. v. 20.12.1962	2 BvR 612/62	E 15, 245
33	B. v. 7. 3.1963	2 BvR 629, 637/ 62	E 15, 303/308
34	B. v. 7. 3.1963	2 BvR 56/63	E 15, 309/312
35	B. v. 15. 5.1963	2 BvR 194/63	E 16, 128/129
36	B. v. 29. 5.1963	2 BvR 161/63	E 16, 191/194
37	B. v. 11. 6.1963	2 BvR 394/62	E 16, 211/213
38	B. v. 11. 6.1963	1 BvR 156/63	E 16, 214/220
39	B. v. 15. 7.1963	2 BvR 6/63	E 16, 283/286
40	B. v. 26. 1.1965	1 BvR 314/64	E 18, 310/315
41	B. v. 17. 2.1965	1 BvR 732/64	E 18, 385/388

Lfd. Nr.	Verkündungsdatum	Aktenzeichen	Fundstelle i. d. AS
----------	------------------	--------------	---------------------

42	B. v. 8.12.1965	1 BvR 662/65	E 19, 323/330
----	-----------------	--------------	---------------

43	B. v. 3. 5.1966	1 BvR 58/66	E 20, 45
----	-----------------	-------------	----------

44	B. v. 14. 3.1967	1 BvR 533/66	E 21, 220
----	------------------	--------------	-----------

ANHANG III

ÜBERSICHT ÜBER DIE (SACHLICHEN) ANORDNUNGSENTSCHEIDUNGEN, AUFGETEILT NACH VERFAHRENSARTEN (VGL. ANH. I)

(In den mit + bezeichneten Entscheidungen sind eAen erlassen worden.)

Bund-Länder-Streitigkeiten

+ E 1,1	+ E 8,42
E 3,52	+ E 12,36

Organstreitigkeiten des Bundes

E 12,276

"Andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten innerhalb
eines Landes"

E 3,267

Abstrakte Normenkontrollverfahren

+ E 1,1	+ E 7,367
E 1,85	+ E 7,374
E 1,281	E 11,339
E 2,103	

Parteiverbotsverfahren

+ E 1,349

Verfassungsbeschwerdeverfahren

+ E 1,74	E 7,99
E 3,34	E 7,175
E 3,41	+ E 8,102
E 4,110	E 8,141
+ NJW 1955, 541	E 9,89
E 6,1	E 9,160
+ E 6,443	E 9,162
+ E 7,86	E 10,274

E 11, 102
+ E 11, 306
E 13, 127
+ E 14, 11
+ E 14, 153
E 14, 190
E 14, 192
E 15, 77
E 15, 219
+ E 15, 223
E 16, 220
E 16, 236

E 17, 120
E 17, 145
+ E DVBl 1966, 643
E 18, 34
+ E 18, 146
E 18, 151
E 18, 157
E 20, 363
E 21, 50
+ E 22, 178

ANHANG IV

ÜBERSICHT ÜBER DIE ENTSCHEIDUNGEN
DES STAATSGERICHTSHOFES FÜR DAS DEUTSCHE REICH
UND DER STAATSGERICHTSHÖFE DER LÄNDER
ZUR ZEIT DER WEIMARER REICHsverFASSUNG
ZUR EINSTWEILIGEN VERFÜGUNG IM STAATSGERICHTLICHEN VERFAHREN

1. Entscheidungen des Staatsgerichtshofes
für das Deutsche Reich

Lfd. Nr.	Verkündungsdatum	Fundstelle
1	10.10.1925	LS I, 212 = RG Z 111, Anh. 21 = JW 1926, 376
2	12. 5.1928	LS I, 411
3	17.11.1928	LS I, 156 = RG Z 122, Anh. 17
4	13. 7.1929	LS II, 66 = RG Z 125, Anh. 1 = JW 1929, 3407
5	13. 7.1929	LS II, 98
6	13. 7.1929	LS II, 175
7	23.10.1929	LS II, 72 = RG Z 126, Anh. 1 = RuPrVB1 1929, 779
8	17./18. 7.1930	LS IV, 95 = RG Z 129, Anh. 28 = RuPrVB1 1930, 628
9	25. 7.1932	LS V, 24 = RG Z 137, Anh. 65 = DJZ 1932, 1152 = RuPrVB1 1932, 772
10	(ohne Datum)	LS V, 149
11	23.10.1931	LS V, 198 (Nr. 15)
12	27. 4.1932	LS V, 180
13	24.10.1932	LS VI, 133

2. Entscheidungen des Bayerischen Staatsgerichtshofes

Lfd. Nr.	Verkündungsdatum	Fundstelle
1	13. 7.1927	LS III, 238 = BayrVerwBl 1930, 423
2	5.11.1931	LS V, 227
3	14. 4.1932	LS V, 245

3. Entscheidung des Thüringischen Staatsgerichtshofes

Verkündungsdatum	Fundstelle
8. 7.1929	LS III, 331 = JW 1931, 761

LEBENS LAUF

Am 1. Juli 1938 wurde ich in Oppeln/OS. als erstes Kind des Bundesbahndirektors Paul Tüttenberg und dessen Ehefrau Anna, geb. Röttgen, geboren.

Nach vier Klassen Volksschule in Passau besuchte ich das humanistische Gymnasium, und zwar zunächst in Passau, dann in Regensburg (Altes Gymnasium) und schließlich in Wiesbaden (Dilthey-Schule), wo ich am 26. Februar 1957 die Reifeprüfung ablegte.

Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich ab Sommersemester 1958 Rechtswissenschaft an den Universitäten Mainz und München (WS 1959/60).

Am 17. Oktober 1962 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach dem Vorbereitungsdienst im Lande Rheinland-Pfalz bestand ich am 2. Dezember 1966 ebenfalls beim Justizprüfungsamt in Mainz die große juristische Staatsprüfung.

Nach einjähriger Tätigkeit als Assessor in einem Mainzer Anwaltsbüro bin ich seit Januar 1968 als Rechtsanwalt in Frankfurt am Main tätig.

Die mündliche Prüfung zur Promotion legte ich am 15. Dezember 1967 ab.

